

Tilburg University

Cassatie in strafzaken

Röttgering, A.E.M.

Publication date:
2013

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Röttgering, A. E. M. (2013). *Cassatie in strafzaken: Een rechtsbeschermend perspectief*. SDU-uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Cassatie in strafzaken. Een rechtsbeschermend perspectief

Cassatie in strafzaken. Een rechtsbeschermend perspectief

Proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor
aan Tilburg University,
op gezag van de rector magnificus,
prof. dr. Ph. Eijlander,
in het openbaar te verdedigen ten overstaan van een
door het college voor promoties aangewezen commissie in de aula van de
Universiteit

op woensdag 22 mei 2013 om 16.15 uur

door

Anne Elisabeth Maria Röttgering, geboren op 4 juli 1960 te Capelle aan den IJssel

Promotiecommissie

Promotor: Prof. mr. M.S. Groenhuijsen

Overige leden:

Prof. mr. C.P.M. Cleiren

Prof. mr. A.A. Franken

Prof. mr. T. Kooimans

Prof. mr. A.J.M. Machielse

Mr. dr. N. Rozemond

© 2013 Annelies Röttgering

Ontwerp omslag: Villa Y, Den Haag

Vormgeving binnenwerk: M. Jodogne

Van deze studie is een handelseditie verschenen bij Sdu Uitgevers bv onder ISBN: 978 90 12 39053 8 en een eBook onder ISBN: 978 90 12 39054 5

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the author's prior consent.

Voorwoord

Dit proefschrift begon met een opmerking van Stijn Franken. Onderweg naar een vergadering over de cassatie-advocatuur klaagde ik dat geen strafrechtelijk boek is over de achtergronden van de cassatie. “Waarom schrijf jij dat dan niet?” vroeg hij. “Absoluut niet!”, was mijn antwoord. Maar een week of wat later besloot ik dat dat een goed idee was. Overleg op mijn toenmalige kantoor, De Roos en Pen Advocaten, leverde enthousiaste reacties op. Een sabbatical was geen probleem. Een promotor was ook al snel gevonden; met de hem kenmerkende hartelijkheid heette Marc Groenhuijsen mij welkom als zijn promovenda. Alom werd ik gewaarschuwd voor een lang en zenuwslopend traject. Maar niets bleek minder waar. De jaarlijkse (vaak wekenlange) werkonderbreking was steeds weer een feestje. De eerste keer vooral. Na ruim 20 jaar volle werkweken was de terugkeer naar het studentenleven een herontdekking van de vrijheid. Na mijn overstap naar het Gerechtshof Amsterdam kon ik op de ingeslagen weg verder. Ook daar werd mij de nodige tijd en ruimte gegund.

Het boek dat ontstond voorziet – naar ik hoop – in een behoefte onder juristen in de strafrechtpraktijk. Zelf heb ik in ieder geval veel geleerd en uitgevonden wat ik wilde weten.

En nu is het werk dan gedaan en rest mij mensen te bedanken. Bij wie kan ik anders beginnen dan bij mijn ouders? Zij zijn een drijvende kracht in mijn werkende bestaan. Mijn moeder informeerde regelmatig belangstellend, maar ook indringend, naar de voortgang van het proefschrift – soms voelde ik mij ineens weer het schoolmeisje dat haar huiswerk nog moest afmaken. Mijn vader was benieuwd naar wat ik schreef en hoopt dat het boek ook voor hem leesbaar is. Werkelijk niemand is trotser dan zij en ik ben blij en dankbaar dat zij dit nog mogen meemaken. Zo vanzelfsprekend is dat op hun leeftijd niet – ik begrijp mijn moeder’s ongeduld.

Posthuum gaat mijn dank uit naar Dirk van der Landen. Tot mijn grote verdriet overleed hij een paar weken voordat ik dit voorwoord schreef. Ondanks alle drukte in zijn bestaan wist hij nog in het najaar 2012 toch weer tijd te vinden mij bij het schrijven van het slothoofdstuk opnieuw een helpende hand te bieden. Enkele kenmerkende commentaren: ‘Ben ik nu gek? De aansluiting bij Frankrijk was toch in 1811?’ (er stond 1810); ‘In Leiden spraken we (...) over het “due process-model” en het “crime control-model”’. Ik beschouw dat toch als helderder dan begrippen als instrumentele en rechtsbeschermende stroming, omdat deze termen vlaggen zijn die de lading niet dekken; immers rechtsbescherming speelt in die instrumentele stroming ook een rol en ook in de rechtsbeschermende stroming zal niemand het nut van strafrecht bij criminaliteitsbestrijding ontkennen.’ Hij had mijn paranimf moeten worden, maar het heeft niet zo mogen zijn.

Verder ben ik natuurlijk Marc Groenhuijsen dankbaar. Hij zal zelf zeggen dat hij nauwelijks iets heeft bijgedragen, maar daarmee doet hij zichzelf tekort. Hij heeft iedere letter gelezen en zijn waardevolle op- en aanmerkingen zetten mij aan tot verder lezen en denken. Daarbij liet hij mij alle vrijheid mijn eigen boek te schrijven. Bovendien en niet onbelangrijk: hij reageerde altijd op korte termijn. Onze besprekingen waren in het begin vooral zakelijk, later begon de gezelligheid steeds meer te overheersen. De leden van de promotiecommissie voltooiden het proces met hun waardevolle commentaar, dat waar mogelijk (en wenselijk) leidde tot aanpassingen. Tijs Kooiman verzorgde een ware taalles en ook Stijn Franken had de miniemste type-of taalfout in de gaten.

Mijn dank gaat verder uit naar Marc de Werd, die de hoofdstukken over feit en recht las. Ook hij voorzag me van nuttige opmerkingen. Met name zijn aandringen op ‘maatschappelijke relevantie’ bleef in mijn achterhoofd hangen bij het schrijven van de resterende hoofdstukken.

Mijn dank geldt ook Marina Jodogne, die mijn boek in kort tijdsbestek drukklaar wist te maken en mij veel werk bij het fatsoeneren van het notenapparaat en de literatuurlijst bespaarde, en mijn vriendin Riemke Born die de Engelse samenvatting nakeek. Blij ben ik ook met het prachtige ontwerp van de cover door Villa Y en de effectieve begeleiding van het drukproces door Sdu Uitgevers.

Tenslotte mag ik mijn partner en maatje Gerlanda Dirksen niet ongenoemd laten. Ze zat de afgelopen jaren nog meer achter de computer dan ik, dus gemist heeft ze me niet. Maar we delen onze wetenschappelijke nieuwsgierigheid en ze gaf me de rust, ruimte en steun die ik nodig had.

Inhoudsopgave

Voorwoord / v

Inleiding/probleemstelling/onderzoeksvraag / 1

- 1.1 Inleiding / 1
- 1.2 Probleemstelling / 2
- 1.3 Het onderzoek / 4

DEEL I: HERKOMST EN DOEL VAN DE CASSATIE

1 De geschiedenis van de cassatie in Nederland tot 1963 / 11

- 1.1 Inleiding / 11
- 1.2 Geschiedenis van de cassatie in Frankrijk / 11
 - 1.2.1 Frankrijk onder het ancien régime / 11
 - 1.2.2 De Franse Revolutie / 16
 - 1.2.3 Conclusie ten aanzien van het al dan niet rechtsbeschermend karakter van de taak van de Franse cassatierechter in de beschreven periode / 20
 - 1.2.4 De geschiedenis van de Nederlandse hoogste rechter tot 1795 / 23
 - 1.2.5 Cassatie in de periode van de Bataafsche Republiek / 26
 - 1.2.6 De totstandkoming van de cassatie in de wetgeving van 1838 / 30
 - 1.2.7 Beschouwing ten aanzien van het al dan niet rechtsbeschermend karakter van de taak van de cassatierechter in Nederland ten tijde van de totstandkoming van het instituut cassatie / 38
- 1.3 De cassatie in Nederland in de periode 1838-1963 / 41
 - 1.3.1 Discussie over handhaving of afschaffing van de cassatie / 41
 - 1.3.2 Ontwikkelingen in de wetgeving / 45
 - 1.3.3 Beschouwing ten aanzien van het al dan niet rechtsbeschermend karakter van de taak van de cassatierechter in Nederland in de periode 1838-1963 / 47

2 De taken van de Hoge Raad / 49

- 2.1 Inleiding / 49
- 2.2 Rechtsvorming en rechtsvinding / 49
 - 2.2.1 Wetsuitleg in de negentiende eeuw / 50
 - 2.2.2 Een nieuwe eeuw: rechtsvorming en een vrijere rechtsvinding / 51
 - 2.2.3 Intussen in het strafrecht: debat over analogie/extensieve interpretatie / 52
 - 2.2.4 Rechtsvinding en rechtsvorming na de tweede wereldoorlog / 55

2.2.5	Even later in het strafrecht: ook hier naar een autonomere rechtsvinding / 56
2.3	Opmars van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad vanaf de jaren tachtig / 57
2.3.1	De doorbraak van rechtsvorming als belangrijkste taak van de Hoge Raad / 58
2.3.2	De rechtsbeschermende taak onder druk / 60
2.4	De Hoge Raad op weg naar het zelf bepalen van zijn agenda / 62
2.4.1	Invoering van de verkorte motivering / 62
2.4.2	Invoering van de verplichte procesvertegenwoordiging / 63
2.4.3	Sterke beperking van de ambtshalve cassatie / 64
2.4.4	Het rapport van de Commissie Hammerstein / 65
2.4.5	Stellingname van de Hoge Raad over selectie aan de poort / 66
2.4.6	Afschaffing van de rechtsbeschermende taak op komst? / 68
2.4.7	Kritiek op het voorontwerp ‘selectie aan de poort’ / 70
2.4.8	Het wetsontwerp ‘selectie aan de poort’ / 72
2.4.9	Visie advocaten-generaal op het nieuwe artikel 80a RO / 74
2.4.10	De eerste uitspraak van de Hoge Raad over artikel 80a RO / 74
2.5	Inhoud van de taken van de Hoge Raad / 75
2.5.1	Het bewaken van rechtseenheid: een onhaalbare vanzelfsprekendheid / 75
2.5.2	Rechtsvorming: de primadonna / 77
2.5.2.1	Inleiding / 77
2.5.2.2	Rechtsvorming is rechtsvinding met beleid / 77
2.5.2.3	Legitimatie van de rechter als wetgever / 77
2.5.2.4	De verhouding tussen de wetgever en de Hoge Raad / 78
2.5.2.5	De begrenzing van de mogelijkheden van de Hoge Raad tot rechtsvorming / 79
2.5.2.6	De techniek van rechtsvorming / 79
2.5.3	Rechtsbescherming: veel meer dan een nuttig vangnet / 80
2.5.3.1	Inleiding / 80
2.5.3.2	Het rechtsstatelijke aspect van rechtsbescherming / 80
2.5.3.3	Individuele rechtsbescherming / 81
2.5.3.4	Individuele rechtsbescherming als bijkomende taak / 83
2.5.3.5	Rechtsbescherming als rechtspolitiek begrip / 84
2.5.4	Rechtsbescherming tegenover instrumentaliteit / 84
2.5.5	Criminele politiek – het vinden van een evenwicht / 87
2.5.6	Onderlinge samenhang van de doeleinden van de cassatie / 88
2.6	Beschouwing ten aanzien van het al dan niet rechtsbeschermend karakter van de taken van de cassatierechter in Nederland / 89

DEEL II: HOE WERKT DE CASSATIE?

3	De cassatiegronden / 93
3.1	Schending van het recht / 93
3.1.1	Wettelijke voorschriften en algemene regelingen / 93

3.1.2	Recht van de overzeese Koninkrijksdelen en het volkenrecht / 94
3.1.3	Schending van het recht / 95
3.1.4	Beleidsregels / 95
3.1.5	Vreemd recht is geen ‘recht’ / 96
3.1.6	Wat is ‘schending’? / 96
3.2	Verzuim van vormen / 97
3.2.1	Wettelijke regeling / 97
3.2.2	Wanneer is sprake van een vormverzuim? / 99
3.2.3	Een vormverzuim is ook een rechtsschending / 100
3.2.4	De historische achtergrond van het bestaan van twee cassatiegronden / 101
3.2.5	Verband tussen de cassatiegronden en de doelen van de cassatie / 102
3.2.6	Relativering van het verband tussen de cassatiegronden en de doelen van de cassatie / 103
3.2.7	Vrijheid van de Hoge Raad in de keuze van de vernietigingsgrond: ‘vorm-middel gaat voor fond-middel’ / 103
3.2.8	Drie soorten vormverzuimen en hun sanctionering / 105
3.3	Bijzonder vormverzuim: motiveringsgebreken / 107
3.3.1	Motiveringsgebreken / 107
3.3.2	Wettelijke motiveringsverplichtingen: van formele naar inhoudelijke eisen / 108
3.3.3	De koers van de Hoge Raad: uitbreiding van motiveringseisen vanaf ongeveer de jaren ’70 / 110
3.3.4	Gevolg van de overgang naar een meer contradictoire procedure voor motiveringseisen / 111
3.3.5	Functies van de motivering en daarmee samenhangende motiveringsgebreken / 112
3.3.6	De functies van de motivering in verband met de taken van de Hoge Raad / 113
3.3.7	Ontbreken algemene inhoudelijke – en dus controleerbare – motiveringseisen / 114
3.3.8	Inhoud van de motivering: feitelijke- en rechtsgronden / 116
3.3.9	Eisen aan de inhoud van de motivering in de jurisprudentie van de Hoge Raad / 118
3.3.9.1	De bewijsmotivering / 119
3.3.9.2	Verantwoording van de selectie en waardering van het bewijs naar aanleiding van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt / 120
3.3.9.3	De uitleg van de tenlastelegging / 121
3.3.9.4	De verwerping van responsieplichtige verweren / 121
3.3.9.5	De motivering van de strafmaat / 122
3.3.9.6	Afwijking van uitdrukkelijk onderbouwde standpunten / 122
3.3.10	Reparatie / 123
3.3.11	Uitleiding en conclusie / 124

4	De rol van het onderscheid tussen feitelijke en rechtsbeslissingen bij de toetsing in cassatie / 127
4.1	Inleiding / 127
4.2	De behandeling door de Hoge Raad van rechts-, feitelijke en gemengde oordelen / 128
4.2.1	Inleiding / 128
4.2.2	Rechtsoordelen / 128
4.2.3	Feitelijke oordelen / 129
4.2.3.1	Toetsing van feitelijke oordelen aan de processtukken / 129
4.2.3.2	Terughoudendheid is de regel, maar uitzonderingen zijn er ook / 131
4.2.3.3	Het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt / 133
4.2.4	Gemengde oordelen / 134
4.2.4.1	Wat zijn gemengde oordelen? / 134
4.2.4.2	De totstandkoming van het begrip ‘gemengde beslissing’ / 135
4.2.4.3	‘Onbepaalde begrippen’ in het strafrecht / 137
4.2.4.4	‘Vage normen’ en kwalificatie / 137
4.2.4.5	Maatstaven ter invulling van onbepaalde begrippen / 140
4.3	Uitleiding / 143
5	De theorie van het onderscheid tussen feit en recht en de houdbaarheid van dit onderscheid bij de rechtsvinding / 145
5.1	Inleiding / 145
5.1.1	De Hoge Raad is geen ‘nieuwe feiten’-rechter / 145
5.1.2	Toetsing van (deels) feitelijke oordelen en waardering van feiten door de Hoge Raad / 146
5.2	Bespreking van het onderscheid tussen feitelijke en rechtsbeslissingen in de strafrechtswetenschap door de jaren heen / 148
5.2.1	De Bosch Kemper / 148
5.2.2	Blok en Besier / 149
5.2.3	Van Bemmelen / 150
5.2.4	Melai / 151
5.2.5	Bins / 152
5.2.6	De Hullu / 152
5.2.7	Stamhuis (Onderzoeksproject Strafvordering 2001) / 153
5.2.8	Rozemond / 153
5.2.9	Van Manen / 154
5.2.10	Corstens en Van Dorst / 154
5.3	Het onderscheid tussen feit en recht als dogmatisch thema dan wel als instrument ter afbakening van taken / 155
5.4	De theoretische benadering: het onderscheid tussen norm en feit in de rechtsvinding / 156
5.4.1	Een kort overzicht van het hermeneutische debat / 156
5.4.2	Praktisch voorbeeld van het op elkaar inwerken van feit en recht / 157
5.5	Doelmatigheid: het onderscheid tussen feitelijke en rechtsbeslissingen als basis voor de taakverdeling tussen de Hoge Raad en de feitenrechter / 159

- 5.6 De problematische kanten van de doelmatige keuze voor een onderscheid tussen feit en recht / 162
- 5.6.1 Het gebrek aan controle over de invulling van vage normen / 162
- 5.6.2 Het contextualisme: de toenemende invloed van de omstandigheden van het geval voor de rechtsvinding / 163
- 5.6.3 Contextualisme in het strafrecht / 164
- 5.6.4 De toetsing van puur feitelijke beslissingen / 166
- 5.7 De invloed van de mening van de Hoge Raad over de billijkheid van de bestreden uitspraak / 166
- 5.7.1 Zaken zo gezond als een vis / 166
- 5.7.2 Voorbeelden van arresten waarin de opvatting van de Hoge Raad over de billijkheid van de uitspraak een rol kan hebben gespeeld / 168
- 5.7.3 Nadelen / 169
- 5.8 De gevolgen van de scheiding tussen feit en recht voor de middelen van cassatie / 169
- 5.9 Uitleiding en conclusie: naar een nieuw systeem van cassatie / 171

DEEL III: DE JURISPRUDENTIE

- 6 Inleiding op het jurisprudentieonderzoek / 175**
- 6.1 Inleiding / 175
- 6.2 Onderzoeksmethode / 176
- 6.3 Het jaar 1988 als startpunt / 177
- 6.4 De ontwikkelingen tot aan het midden van de jaren tachtig / 178
- 6.4.1 Tot de tweede wereldoorlog / 178
- 6.4.2 Na de oorlog / 178
- 6.4.3 Vanaf de jaren zeventig: verbeterde processuele rechtsbescherming / 179
- 6.4.3.1 Afbrokkeling van de papieren muur / 179
- 6.4.3.2 Versoepeling van eisen aan rechtsmiddelen / 180
- 6.4.3.3 Verzwaring van motiveringseisen / 180
- 6.4.3.4 De beginselen van een goede procesorde / 180
- 6.4.3.5 Invloed van het EVRM / 181
- 6.4.4 Niet alleen maar verbetering van rechtsbescherming / 182
- 6.4.4.1 Bevordering van doelmatigheid / 182
- 6.4.4.2 Geen harde sancties op vormverzuimen / 183
- 6.4.5 Conclusie met betrekking tot de jurisprudentie tot aan 1988 en vooruitblik / 183
- 6.5 Thema's in de jurisprudentie vanaf 1988 tot heden / 184
- 6.5.1 Vormverzuimen / 185
- 6.5.2 Fair trial / 185
- 6.5.3 Overgang naar een meer contradictoir strafproces / 185
- 6.5.4 Materieelrechtelijke onderwerpen / 186

7	Vormverzuimen / 187
7.1	Inleiding / 187
7.2	De sanctionering van ‘vormverzuimen’ / 188
7.2.1	De introductie van de Schutznorm / 188
7.2.2	Eerste algemene regel voor gevolgen onrechtmatige bewijsverkrijging / 189
7.2.3	Het Zwolsman-arrest / 190
7.2.4	De spaarzame uitzonderingen op het Zwolsman-criterium / 191
7.2.5	Consequente toepassing van het Zwolsman-criterium / 192
7.2.6	Terugdringing van bewijsuitsluiting als sanctie / 194
7.2.7	Het didactische arrest over artikel 359a Sv / 195
7.2.8	(Nog) verdere beperking van de bewijsuitsluiting als sanctie / 196
7.2.9	Diversen / 197
7.3	De materiële beoordeling van inbreuken op burgerrechten door opsporingsinstanties / 198
7.3.1	Inbreuken op het lichaam: rectaal fouilleren en DNA / 198
7.3.2	Bijzondere opsporingsmethoden / 200
7.3.2.1	Inkijkoperatie / 200
7.3.2.2	Het Zwolsman-arrest / 200
7.3.2.3	Oriënterend onderzoek op St. Maarten / 204
7.3.2.4	Undercover-operatie in Huis van Bewaring / 204
7.3.3	Burgeropsporing onder regie / 205
7.3.4	Toezichtcamera's / 206
7.3.5	Huiszoeking/doorzoeking / 207
7.3.5.1	Rechterlijke toetsing huiszoeking op de voet van artikel 49 WAM / 207
7.3.5.2	Onrechtmatige doorzoeking na binnentreding ex artikel 9 Opiumwet / 208
7.3.6	Schending van verdedigingsrechten / 209
7.4	Beschouwing en conclusie / 212
7.4.1	De processuele kant van vormverzuimen / 212
7.4.2	De materiële beoordeling van opsporingshandelingen / 214
8	Fair trial / 217
8.1	Inleiding / 217
8.2	Het aanwezigheidsrecht / 217
8.2.1	Artikel 6 EVRM als maatstaf / 218
8.2.2	Jurisprudentiële aanvulling van de wettelijke betekenisregels / 218
8.2.3	Overzichtsarrest betekening 2002 / 219
8.2.4	Aangepaste maatstaf beoordeling aanhoudingsverzoek niet verschenen verdachte / 220
8.2.5	Relativering aanhoudingenprotocol LOVS / 221
8.3	Het recht op rechtsbijstand / 222
8.3.1	De afwezige verdachte / 222
8.3.1.1	Verdwijnen van de ‘klemmende reden’-jurisprudentie / 222
8.3.1.2	Beknotting van de niet-uitdrukkelijk gemachtigde raadsman / 222

8.3.2	Verdere beknotting van de niet-gemachtigde raadsman / 223
8.3.2.1	Procedure met gemachtigd raadsman is contradictoir / 224
8.3.2.2	Eens contradictoir, altijd contradictoir / 225
8.3.3	Geen raadsman bij het politieverhoor / 225
8.3.4	Diverse beslissingen / 227
8.4	Getuigen / 229
8.4.1	Anonieme getuigen / 229
8.4.2	Kroongetuigen / 233
8.4.3	Gebruik getuigenverklaring voor het bewijs in relatie tot het ondervragingsrecht / 236
8.4.4	Beoordelingscriteria voor verzoeken van de verdediging / 241
8.4.5	Processuele aspecten van de toetsing van verzoeken tot het oproepen van getuigen / 247
8.4.6	Getuigenverzoeken in ontnemingszaken / 249
8.4.7	Ondervragingsruimte / 250
8.5	Interne openbaarheid / 250
8.5.1	Aanvangsmoment recht op stukken / 251
8.5.2	Geen recht op stukken uit zaken tegen medeverdachten / 251
8.5.3	Definitie ‘processtukken’ / 251
8.6	Schending van de redelijke termijn / 255
8.7	Diverse onderwerpen / 257
8.8	Beschouwing en conclusie / 259
9	Een meer contradictoir strafproces / 263
9.1	Inleiding / 263
9.2	Aan de rechter gestelde motiveringseisen op het terrein van het bewijs en (vanaf 2006) het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt / 264
9.2.1	Onrechtmatig verkregen bewijs / 264
9.2.2	Betrouwbaarheidsverweren – periode 1989-1998 / 265
9.2.3	De bewijshoofdregel houdt stand / 268
9.2.4	Motiveringseis bewijsoverwegingen / 269
9.2.5	Het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt / 270
9.2.6	Nogmaals betrouwbaarheidsverweren / 272
9.2.7	Verwarring rond de ‘unus testis, nullus testis’ regel / 274
9.2.8	De strafmotivering / 279
9.2.9	Promis / 280
9.3	Eisen aan de verdediging (en het openbaar ministerie) / 281
9.4	(Bijna) verdwijnen van de ambtshalve cassatie / 289
9.5	Beschouwing en conclusie / 292
10	Rechtsontwikkeling in het materiële strafrecht / 295
10.1	Inleiding / 295
10.2	Algemene leerstukken / 296
10.2.1	Voorwaardelijk opzet / 296
10.2.2	Noodweer en noodweerecces / 308
10.2.3	Medeplegen / 324

10.2.4	Vorbereidingshandelingen in de zin van artikel 46 Sr / 337
10.3	Individuele delicten / 341
10.3.1	Criminele organisatie / 341
10.3.2	Openlijk geweld / 352
10.3.3	Zedendelicten / 357
10.4	Euthanasie / 365
10.5	Beschouwing en conclusie / 368
11	Schendingen van mensenrechten en gerechtelijke dwalingen / 371
11.1	Straatsburgse arresten / 371
11.1.1	De zaak Kostovski – anonieme getuigen / 371
11.1.2	De zaak Abdoella – de redelijke termijn / 374
11.1.3	De zaken Lala en Pelladoah – verdediging van de afwezige verdachte / 376
11.1.4	De zaak Van Mechelen – politiemensen als anonieme getuigen / 379
11.1.5	De zaak M.M. – af luisteren onder regie van de politie / 382
11.1.6	De zaak Van Vondel – af luisteren onder regie van de Rijksrecherche / 384
11.1.7	De zaak Doerga – af luisteren in detentie / 387
11.1.8	De zaak Visser – anonieme getuige / 389
11.1.9	De zaak Marpa Zeeland BV en Metal Welding BV – toegang tot de rechter en de redelijke termijn / 392
11.1.10	De zaak Bocos Cuesta – minderjarige slachtoffers als getuigen / 395
11.1.11	De zaak Geerings – schending onschuldpresumptie bij ontneming / 398
11.1.12	De zaak Vidgen – de zwijgende getuige / 400
11.2	Gerechtelijke dwalingen / 402
11.2.1	De Schiedammer Parkmoordzaak / 402
11.2.2	De zaak Lucia de Berk / 404
11.2.3	Beschouwing en conclusie / 408
12	Beschouwingen en eindconclusies / 411
12.1	Inleiding / 411
12.2	Een terugblik / 411
12.2.1	Herkomst en doel van de cassatie / 411
12.2.2	De drie taken van de Hoge Raad / 415
12.2.3	Het instrumentarium van de Hoge Raad / 418
12.2.4	De jurisprudentie tussen 1988 en 2012 / 420
12.3	Eindconclusies / 425
12.3.1	De Hoge Raad zou ook gemengde beslissingen vol moeten gaan toetsen / 425
12.3.2	De Hoge Raad is een gouvernementeel en instrumenteel georiënteerd college / 427
12.3.3	De Hoge Raad mag in rechtsvormende uitspraken meer blijk geven van zijn positie als ‘hoogste rechtsbeschermers’ / 428
12.3.4	De Hoge Raad moet zijn eigen regels en beslissingen beter motiveren / 429

- 12.3.5 Er is geen ruimte voor het nog verder terugbrengen van de individuele rechtsbescherming / 430
- 12.3.6 Slot / 430

13 Summary / 431

- 13.1 Cassation in criminal cases. A ‘due process’ perspective / 431
- 13.2 History of the cassation / 431
- 13.3 The Supreme Court’s three tasks / 434
- 13.4 The Supreme Court’s legal instruments / 435
- 13.5 The Supreme Court’s jurisprudence between 1988 and 2012 / 437
- 13.6 Conclusions / 439

Literatuurlijst / 443

Inleiding/probleemstelling/onderzoeksvraag

1.1 Inleiding

Hoe gaat de strafkamer van de Hoge Raad te werk bij het nemen van beslissingen? Wat beweegt hem in de ene zaak wel in te grijpen en in de andere niet?

Deze en andere vragen zijn bij mij gaan leven naar aanleiding van kritiek van de strafkamer van de Hoge Raad op de strafrechtadvocatuur en de discussie die daarover tussen beide in 2006 en 2007 plaatsvond.

De strafkamer van de Hoge Raad was toen geïrriteerd. De 10 hoogste strafrechters van ons land wilden en willen bezig zijn met het oplossen van louter belangwekkende en interessante rechtsvragen en dat lukte maar niet. Een gestaag groeiende golf van goeddeels grondloze grieven overspoelde hen. Jarenlang is vergeefs geprobeerd deze golf in te dammen door de strafrechtadvocatuur te bewegen tot kwaliteitsverbetering en tot het uitoefenen van een zeeffunctie, maar dat leidde niet tot het gewenste resultaat. Een verlostelsel zou daarom op den duur de oplossing moeten bieden. Aldus de klachten die de Hoge Raad over de strafrechtadvocatuur uitstortte.¹

Ernstige verwijten dus, waarop de beschuldigten echter grotendeels afwijzend reageerden. Tijdens een symposium in 2006 ontstond een pittig debat tussen een aantal raadsheren van de Hoge Raad en verschillende strafrechtadvocaten, waarbij de laatsten ook uiting gaven aan hun irritaties jegens de Hoge Raad. Die irritaties behelsden vooral de bij de advocatuur bestaande indruk dat de Hoge Raad de laatste jaren te weinig inhoud geeft aan zijn rechtsbeschermende taak. Verwijten over en weer dus.

De vragen achter deze discussie lieten mij niet meer los. Wat mij daarbij in het bijzonder intrigeerde was of de kritiek vanuit de strafrechtadvocatuur op de Hoge Raad terecht is.² Daarbij speelden ten eerste theoretische vragen door mijn hoofd. Wat mag eigenlijk van onze hoogste rechter worden verwacht? Hoe verhouden zijn taken zich tot elkaar? In hoeverre wordt hij beperkt door het wettelijk kader waarbinnen hij functioneert? Is de uitkomst van de cassatieprocedure altijd het resultaat van een puur juridische exercitie (de techniek), of spelen ook andere afwegingen een rol?

¹ Zie Corstens, 2007; Van Dorst en De Hullu, 2007.

² Dat de kwaliteit van cassatiemiddelen vaak onder de maat is wilde ik overigens wel geloven, maar het antwoord op die kritiek was veeleer het bevorderen van die kwaliteit dan het doen van onderzoek.

Daarnaast vroeg ik me af welke koers de Hoge Raad in de praktijk vaart als het om de uitoefening van zijn verschillende taken als cassatierechter gaat en welke ontwikkeling hij daarin de laatste decennia heeft doorgemaakt. Ook hier weer tegen de achtergrond van de vraag of de Hoge Raad de rechtsbescherming de laatste tijd te veel uit het oog verliest.

Bij het denken hierover realiseerde ik me dat er op strafrechtelijke gebied niet zoiets bestaat als ‘de Veegens’, de uitvoerige theoretische beschrijving over de civielrechtelijke cassatie uit de Asserserie. De in het strafrecht veel gehanteerde en gewaardeerde ‘Van Dorst’ is toch vooral praktisch gericht. Het leek me nuttig dat er ook voor (met name) strafrechtadvocaten meer achtergrondinformatie beschikbaar zou zijn over de Hoge Raad als cassatierechter en de cassatie als toetsingsmechanisme. Dit alles leidde tot het besluit dit boek te schrijven.

1.2 Probleemstelling

Dit boek gaat over de manier waarop de Hoge Raad strafrechtelijke cassatieberoepen toetst, zowel in theorie als in de praktijk, waarbij het rechtsbeschermende aspect daarvan centraal staat. De invalshoek bij de beschrijving en beoordeling daarvan is in wezen die van de advocaat (die ik zelf inmiddels niet meer ben).

Kritiek vanuit de strafrechtadvocatuur

Voordat ik begon te schrijven heb ik een aantal cassatieadvocaten per email uitgenodigd hun kritiek op de Hoge Raad met mij te delen. Vijf van hen hebben aan dit verzoek gehoor gegeven.³ Daaruit kwamen de volgende kritiekpunten naar voren:

- de Hoge Raad laat zich weinig gelegen liggen aan rechtsbescherming;⁴
- rechters in het algemeen en ook de Hoge Raad hebben teveel vertrouwen in ‘het systeem’;
- de Hoge Raad is erg ‘eager’ om zaken te redden, waarbij soms de strekking van cassatiemiddelen, rechterlijke overwegingen of wetgevingsgeschiedenis geweld aangedaan wordt;
- fouten en vergissingen van het openbaar ministerie en de rechter worden vaak door de vingers gezien respectievelijk gerepareerd, terwijl fouten en vergissingen van de raadsman⁵ meestal fataal zijn;
- de Hoge Raad kan soms met betrekking tot minder ernstige gebreken formalistisch streng in de leer zijn, terwijl klachten waarachter inhoudelijke gebreken kunnen schuilen die tot een onjuiste of onrechtvaardige beslissing hebben kunnen leiden, juist heel vaak op de voet van artikel 81 RO worden afgedaan;

³ Te weten Benno de Boer, Stijn Franken, Thijs Kelder, Pieter van der Kruijs en Gerard Spong.

⁴ Dit zou bijvoorbeeld blijken uit zijn jurisprudentie over rechtsbijstand aan de verdachte in de vroege fase van het strafproces, het ondervragingsrecht van de verdediging, de ontneming na vrijspraak, privacyschending en witwassen.

⁵ Als voorbeelden werden genoemd het vergeten getuigenverzoeken te herhalen na het ‘opnieuw beginnen’ door een gerecht in een gewijzigde samenstelling en het te laat indienen van middelen.

- de belangrijke uitspraken worden in kleine zaken gedaan, in de grotere zaken lijkt de Hoge Raad dat niet te durven of te willen.

De kern van al deze kritiek is dat de Hoge Raad de ‘crime control’ ten koste laat gaan van het ‘due process’. Deze kritiek leeft in bredere kring, niet alleen onder strafrechtadvocaten, maar ook onder wetenschappers.⁶ Vanuit die hoek klinkt dan ook steeds weer protest wanneer de rechtsbescherming door de Hoge Raad (verder) in het gedrang komt of lijkt te komen, zoals bijvoorbeeld laatstelijk bij de invoering van de selectie aan de poort.

Geruststellende geluiden vanuit de Hoge Raad

Op die kritiek en dat protest wordt vanuit de Hoge Raad zelf sussend en naar het lijkt soms zelfs met enig *dédain* gereageerd.⁷ Individuele rechtsbescherming wordt gezien als meer iets voor de hoven en bovendien zou de Hoge Raad door veel aandacht te besteden aan rechtseenheid en rechtsontwikkeling bij uitstek aan rechtsbescherming doen. Er zou geen reden bestaan somber te zijn over de ontwikkelingen in de rechtsbescherming van de verdachte, die op een hoog niveau staat.⁸ Bovendien blijft de Hoge Raad de individuele rechtsbescherming tot zijn taken rekenen wanneer wezenlijke fouten zijn begaan.

Wat is waarheid?

Het is de vraag of deze geruststellende woorden zo terecht zijn. Kan de Hoge Raad ten eerste de individuele rechtsbescherming wel aan de hoven overlaten? Al gaat dit onderzoek daar niet over, toch mag hier niet onvermeld blijven dat daarover op zijn minst twijfel bestaat. De indruk bestaat al enige tijd dat de kwaliteit van de rechtspraak in hoogste feitelijke instantie afneemt. Jörg signaleerde dit – in het voetspoor van Willems – al in 2006.⁹ Vellinga herhaalde het nog eens in een artikel uit 2011, waarin hij aan de hand van een steekproef constateerde dat van de vernietigde uitspraken van hoven ongeveer de helft een kunstfout bevatte. Hij stelde: ‘Van sommige mislagen kan worden gezegd dat deze zonder meer wijzen op onvoldoende nauwkeurig werken, van vele andere wordt niet duidelijk of deze berusten op gebrek aan vakkundigheid dan wel op onnauwkeurig werken.’¹⁰ Wat

6 Te denken valt bijvoorbeeld aan wetenschappers als Franken, Brants, Spronken en Prakken. Drie van hen zijn overigens tevens advocaat of advocaat geweest.

7 Zie bijv. Hammerstein, 2010:444: ‘De meest recente kritiek op het rapport (het rapport van de commissie Hammerstein over de versterking van de cassatierechtspraak-AR) houdt in dat de probleemanalyse niet deugt. Dat is een bekende redeneertruc: zeg dat het probleem niet bestaat, dan is de onwenselijke oplossing overbodig. Vooral cassatieadvocaten beweren graag dat selectie aan de poort helemaal niet nodig is, omdat zij dat al doen. Zeker doen zij dat, maar toch glippen er nog zo’n 200 civiele zaken en 3000 strafzaken door de mazen van hun netten. En die zijn het probleem.’ Het verwijt is, behalve een tikje neerbuigend, ook onterecht: in ieder geval strafrechtadvocaten hebben zich in het algemeen altijd op het standpunt gesteld dat het uitvoeren van een zeeffunctie niet tot hun verantwoordelijkheden behoort, althans niet voorzover de belangen van de verdachte daardoor in het gedrang zouden komen.

8 Hammerstein, 2010:444; Corstens, 2008 en Corstens, 2009.

9 Conclusie AG Jörg bij HR 25 januari 2005, NJ 2006, 411.

10 Vellinga, 2011:774-796.

daarvan zij,¹¹ voorlopig lijkt de rechtsbescherming bij de hoven niet in voldoende mate gewaarborgd. Daarbij moet wel worden aangetekend dat niet iedere onnauwkeurigheid problematisch hoeft te zijn in het licht van de individuele rechtsbescherming. Het belang dat de hoven het recht goed toegepast is anderzijds echter een te groot goed om te laten varen.

Of de Hoge Raad ten tweede het gelijk aan zijn zijde heeft als hij stelt dat de rechtsbescherming in algemene zin bij hem in goede handen is, is een kwestie van perceptie. In dit onderzoek zal die vraag centraal staan.

En of hij ten derde de individuele rechtsbescherming ook in de verdere toekomst voor zijn rekening zal blijven nemen is ook al de vraag.

Waarom dit onderzoek?

Als de geruststellende woorden van de Hoge Raad op zijn minst een deel van zijn gehoor niet geruststellen en mogelijk zelfs met verontwaardiging vervullen, is het nuttig dat een poging wordt gedaan zo objectief mogelijk in kaart te brengen hoe hij aan zijn rechtsbeschermende taak inhoud geeft. Dat helpt de discussie hopelijk vooruit. Daarnaast lijkt het nuttig zoveel mogelijk informatie omtrent zijn herkomst, taken, werkwijze en jurisprudentiële koers in een boek neer te leggen en aldus een gat in de strafrechtelijke literatuur te vullen. Mede om die reden worden in de theoretische hoofdstukken vaak opvattingen van diverse auteurs vermeld voordat tot het formuleren van eigen inzichten en conclusies wordt overgegaan. Soms blijft dat laatste ook achterwege en is het geschrevene puur informatief bedoeld.

1.3 Het onderzoek

In het onderzoek wordt allereerst nagegaan waar de cassatie als rechtsmiddel vandaan komt, wat daarvan het doel is en welke taken de Hoge Raad in de loop der tijd zijn toegedacht – niet in de laatste plaats door hemzelf. Ook de inhoud van die taken komt aan bod.

Teneinde na te gaan of het wettelijk systeem de Hoge Raad in voldoende mate de ruimte biedt om aan zijn taken inhoud te geven, wordt vervolgens aandacht besteed aan hoe de cassatie technisch in zijn werk gaat: beschreven worden het

11 Fokkens legt in een interview in het jaarverslag van de Hoge Raad over 2011 een relatie tussen de onder druk staande kwaliteit en de steeds toenemende werkdruk. Hij signaleert dat er jarenlang te weinig geld wordt uitgetrokken voor de rechter en dat de situatie nijpender wordt. Op het moment van het afsluiten van dit proefschrift ontbrandde net de discussie over het manifest van een aantal Leeuwarder raadsheren, waarin werd gesteld dat tengevolge van de druk van productiecijfers de kwaliteit zodanig onder druk is komen te staan, dat veel zaken niet de aandacht kunnen krijgen die zij verdienen. (zie de nieuwsrubriek van NJB 2013, p. 56, onder de titel ‘Raadsheren manifesteren grote zorgen over kwaliteit rechtspraak’). Honderden rechters en raadsheren ondertekenden dit manifest. Daarnaast is mij bekend dat advocaten de oorzaak van slechte rechtspraak tevens zien in slechte en luie rechters. Nu doet zich het fenomeen van slecht functionerende personen in alle beroepsgroepen voor, dus ook in de rechterlijke macht, maar ik heb geen reden aan te nemen dat dit probleem daarin groter is dan elders. Opmerking verdient ten slotte dat het Leeuwarder manifest ook tegengeluiden opriep: rechters zouden onvoldoende oog hebben voor het belang van snelle afdoening (zie bijv. Jensma, 2013).

(grond)wettelijk kader van de cassatie, de wijze waarop de Hoge Raad dat kader opvat en de manier waarop hij daarmee omgaat. Met name het onderscheid tussen feit en recht – in dogmatische zin en als selectiemechanisme – komt daarbij uitgebreid aan bod.

Besloten wordt met een steekproefsgewijze beschrijving van de jurisprudentie over een aantal grote thema's van de afgelopen twintig jaar. Daarin wordt bezien hoe de Hoge Raad, zich bewegend in het spanningsveld tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming, in de praktijk invulling geeft aan zijn rechtsbeschermende taak.

Deel I: Herkomst en doel

Het onderzoeken van de rol van de cassatierechter in de Nederlandse strafrechtspraak en in het bijzonder van zijn betekenis voor de individuele justitiabele moet wel beginnen met een duik in de geschiedenis. Daarom bevat het eerste hoofdstuk een beschrijving van de totstandkoming van de cassatie in Frankrijk en de latere invoering daarvan in Nederland, waarbij mede aan de orde komt of, en zo ja in hoeverre, de individuele rechtsbescherming in die vroege tijden al tot de taken van de cassatierechter werd gerekend. Daarna wordt beschreven hoe het cassatiestelsel definitief werd geaccepteerd en hoe het wettelijk kader aan de moderne tijd werd aangepast.

Het tweede hoofdstuk gaat verder waar het eerste hoofdstuk eindigde, zo rond de jaren zestig. Het vangt aan met een beschrijving van de meer recente geschiedenis van de Hoge Raad als cassatierechter. Aandacht wordt besteed aan de samenhang tussen enerzijds de ontwikkeling van de rechtsvinding en anderzijds de opkomst van de rechtsontwikkende en rechtsvormende taak van de Hoge Raad. Verder wordt beschreven hoe de Hoge Raad vanaf ongeveer het midden van de jaren tachtig overspoeld werd met zaken en welke gevolgen dat had.

Dan volgt een beschouwing van de taken van de Hoge Raad, waarin nader wordt beschreven wat die taken naar huidige inzichten behelzen en hoe ze zich tot elkaar verhouden. In het stuk over de rechtsbeschermende taak wordt ingegaan op de gangbare gedachte dat de rechtsbescherming door de Hoge Raad slechts zou zien op de individuele rechtsbescherming. Bezien wordt of die opvatting niet te beperkt is. Het wezenskenmerk van een rechtsstaat is immers gelegen in de bescherming van de burger tegen de macht van de overheid door de wet en het recht. Heeft de Hoge Raad daarin dan niet een meer algemene verantwoordelijkheid? Met het stellen van die vraag wordt rechtspolitiek terrein betreden: de spanning tussen rechtsbescherming enerzijds en het gebruik van het strafrecht om misdaad te straffen, 'due process' versus 'crime control', is hét thema van het strafrecht. Dat aspect – dat ook het onderscheidend criterium is in het jurisprudentieonderzoek van deel III – wordt daarom bij de beschouwingen betrokken.

Deel II: Hoe werkt de cassatie?

Voordat kan worden bekeken hoe rechtspolitieke vragen in de jurisprudentie doorwerken, moet eerst worden onderzocht hoe de cassatie technisch in zijn werk gaat. Techniek, de vorm van de argumentatie, speelt immers in cassatie een

belangrijke rol, een veel belangrijkere dan in feitelijke aanleg. Wil de Hoge Raad wat kunnen (of willen) ‘doen’, dan moeten de middelen wel ‘raak’ zijn, wordt vaak gezegd. Advocaten krijgen, het kwam al aan de orde, vaak de kritiek dat zij deze techniek onvoldoende beheersen en dus teveel kansloze schrifturen indienen. Dat leidt er niet alleen toe dat kansen zouden worden gemist, maar ook dat steeds weer maatregelen worden getroffen ter beperking van het aantal door de Hoge Raad te behandelen zaken en dat daarmee, o ironie, de rechtsbescherming door de Hoge Raad gestaag afneemt.

Alle reden dus nader naar de cassatietechniek te kijken en na te gaan hoe bepalend die nu werkelijk is. Dat gebeurt in deel II.

De omvang van de toetsing in cassatie wordt bepaald door de cassatiegronden. De Hoge Raad controleert of de feitenrechter zijn werk goed heeft gedaan. Dat doet hij door toetsing van de in cassatiemiddelen bestreden beslissingen van die rechter aan de twee wettelijke cassatiegronden: verzuim van vormen en schending van het recht. De schending van het recht wordt vaak in verband gebracht met het beantwoorden van rechtsvragen, de controle op het verzuim van vormen met het geven van uitvoering aan de rechtsbeschermende taak. Gezegd wordt wel dat de Hoge Raad in die laatste hoedanigheid fungeert als opperrechter.

In hoofdstuk 3 worden de cassatiegronden aan een beschouwing onderworpen, waarbij met name de meest voorkomende vernietigingsgrond, die van het vormverzuim, uitvoerig aan de orde komt.

Het meest kenmerkende element van cassatierechtspraak is dat de Hoge Raad, althans in theorie, uitgaat van de feiten die de lagere rechter heeft vastgesteld. De scheiding tussen feit en recht speelt dus een bijzonder belangrijke rol in cassatie en cassatie-advocaten wordt vaak verweten dat ze met name deze beperking onvoldoende onderkennen. Maar tegelijkertijd kan het niet anders dan dat de Hoge Raad zich op verschillende manieren wel degelijk bemoeit met de feiten. Veel beslissingen van lagere rechters zijn van gemengde aard: ze bevatten deels feitelijke – en deels rechtsoordelen. De Hoge Raad toetst dergelijke beslissingen soms in hun geheel, soms gedeeltelijk. Ook via motiveringsklachten komt de Hoge Raad vaak toch aan een waardering van de feiten toe. Hoe dat in zijn werk gaat is het onderwerp van hoofdstuk 4, terwijl in hoofdstuk 5 de problematische kanten van het onderscheid tussen feitelijke en rechtsoordelen onder de loep worden genomen en de vraag aan de orde komt of het onderscheid eigenlijk wel houdbaar is.

Deel III: De jurisprudentie

Op deelterreinen van het strafrecht is sprake van ontwikkelingen in de jurisprudentie die de strafrechtadvocaat doen fronsen, zoals hiervoor al kort aan de orde kwam. Daarnaast wordt de aandacht soms getrokken door Straatsburgse uitspraken waarin schendingen van het EVRM door Nederland worden geconstateerd en door geruchtmakende gerechtelijke dwalingen. Ook die leiden tot vraagtekens bij het rechtsbeschermend optreden door de Hoge Raad.

In het derde en laatste deel van het onderzoek worden deze globale indrukken en vraagtekens in een breder kader geplaatst en nader beschouwd.

De hoofdstukken 6 tot en met 10 gaan over de ontwikkelingen in de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot een selectie van onderwerpen die de afgelopen tijd de aandacht hebben getrokken. Aan de hand van een steekproefsgewijs onderzoek worden belangrijke uitspraken uit de afgelopen ongeveer 25 jaar over die onderwerpen besproken, wat uitmondt in een aantal grote lijnen in de jurisprudentie. De achterliggende vraag is of met recht gezegd kan worden dat de rechtsbescherming de laatste tijd is verslechterd. Aan het eind van ieder hoofdstuk worden daarom conclusies getrokken ten aanzien van het (algemeen) rechtsbeschermende karakter van de jurisprudentie van de Hoge Raad over die onderwerpen, in vergelijking ook met 25 jaar geleden. Als vertrekpunt is gekozen voor 1988, omdat in dat jubileumjaar (de Hoge Raad bestond toen 150 jaar) veel over de Hoge Raad is geschreven en daardoor goed is te achterhalen wat de stand van zaken op dat moment was.

Hoofdstuk 6 bevat, na een korte verantwoording van de onderzoeksmethode, een beschrijving van de stand van zaken aan het begin van de onderzochte periode, in 1988 dus. In de hoofdstukken 7 tot en met 9 wordt de jurisprudentie op een aantal formeelrechtelijke onderwerpen besproken, te weten vormverzuimen, fair trial en het contradictoire strafproces. In hoofdstuk 10 komt de jurisprudentie over enkele algemene materieelrechtelijke leerstukken (voorwaardelijk opzet, noodweer en noodweerexces, medeplegen, voorbereidingshandelingen) en enkele bijzondere delicten (deelneming aan een criminele organisatie, het plegen van openlijk geweld, zedendelicten en euthanasie) aan bod.

Hoofdstuk 11 gaat over schendingen van mensenrechten en gerechtelijke dwalingen. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft de afgelopen 25 jaar meermalen klachten tegen Nederland terzake van veroordelingen in strafzaken gegrond verklaard. Verder is in een aantal geruchtmakende zaken gebleken van belangrijke justitiële misslagen op het gebied van de bewijsvoering. Hoewel de rol die de Hoge Raad in al die zaken heeft gespeeld in de media en de literatuur onderbelicht is gebleven, is het in het kader van dit onderzoek interessant te bezien in hoeverre de Hoge Raad als hoogste rechter in Nederland in die zaken meer inhoud had kunnen geven aan zijn rechtsbeschermende taak. Het laatste hoofdstuk bevat daarom een nadere blik op die gevallen.

Het boek wordt besloten met een slotbeschouwing en conclusies.

DEEL I: HERKOMST EN DOEL VAN DE CASSATIE

1 De geschiedenis van de cassatie in Nederland tot 1963

1.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt het ontstaan van het instituut cassatie in Frankrijk en Nederland aan de orde, waarbij het rechtsbeschermende element van de cassatie een accent krijgt en waarbij het perspectief strafrechtelijk is. De Hullu waarschuwt in zijn dissertatie dat men doorgaans niet al te veel waarde kan hechten aan rechtshistorische overzichten, mede omdat het onderwerp los wordt gezien van de historische context waardoor het besprokene wat in het luchtledige komt te hangen.¹² Tot op zekere hoogte is dat juist. Hoewel getracht is de ontwikkelingen hieronder in grote lijnen in de staatkundige en maatschappelijke context te plaatsen, is dit geen geschiedkundig werk. Deze beperking brengt met zich dat de beschrijving van genoemde context ongetwijfeld onvolledig zal zijn. Zonder historische achtergrond zou een beschouwing van de huidige cassatie echter eveneens in het luchtledige hangen: los in de tijd. Afgezien van het feit dat het gewoonweg interessant is te weten hoe de cassatie tot stand gekomen is en in de loop van de tijd is gegroeid, is het ook zinvol de huidige ontwikkelingen in een lange lijn te kunnen plaatsen.¹³ Vandaar dat toch een poging is gewaagd de historie van de cassatie weer te geven.

Nu de cassatie in Frankrijk is ontstaan voordat dit instituut in Nederland werd ingevoerd, begint het onderzoek met de geschiedenis van de cassatie in Frankrijk.

1.2 Geschiedenis van de cassatie in Frankrijk

1.2.1 *Frankrijk onder het ancien régime*

Om het Nederlandse cassatiestelsel goed te kunnen begrijpen is inzicht in het ontstaan van de cassatie in Frankrijk noodzakelijk. Uitvoerige beschrijvingen

¹² De Hullu, 1989:9 en 10.

¹³ Zie De Boer, Faber en Krikke, 1980:2-4. Getracht zal worden de valkuilen die De Boer, Faber en Krikke schetsen in hun artikel 'Eerst wat geschiedenis' te vermijden. Die valkuilen zijn bijvoorbeeld het te gemakkelijk 'overschrijven' van eerdere auteurs; het overbelichten van 'het merkwaardige', het met zevenmijlslaarzen door de geschiedenis wandelen en daarbij trekken van onverantwoorde conclusies.

daarvan zijn gegeven door J. de Bosch Kemper,¹⁴ Van Boven,¹⁵ Melai,¹⁶ Stamhuis¹⁷ en Veegens.¹⁸ Het onderstaande is in hoofdzaak aan hun werk ontleend.

‘Toute justice émane du roi’

Frankrijk heeft de langste geschiedenis als natiestaat in Europa, waarbij het machtscentrum in Parijs lag. Al in de donkere middeleeuwen probeerden de Franse koningen het recht te gebruiken als een middel om hun gezag te handhaven en te versterken. De rechtspraak lag in het ancien régime overigens niet in handen van specifiek daarvoor opgerichte instanties. Recht werd gesproken door personen en organen die ook politieke en bestuurlijke functies hadden, lokale autoriteiten. Rechtsmiddelen die bij een hogere instantie dienden maakten inbreuk op de lokale autonomie en betekenden een versterking voor het centrale gezag.¹⁹

In de dertiende eeuw vonden onder Lodewijk IX, bijgenaamd ‘de Heilige’, belangrijke hervormingen van de rechtspraak plaats, waaronder de stichting van het Parlement van Parijs. Dit Parlement werd afgescheiden van de section judiciaire van het *curia regis* (*Conseil du roi*) en verkreeg al snel een zekere onafhankelijkheid als hoogste rechter van het Franse koninkrijk. Het sprak, evenals alle rechters in die tijd, recht uit naam van de koning. Het adagium ‘toute justice émane du roi’ stamt uit deze periode.

Inmenging door de koning

In dezelfde tijd is een onderscheid ontstaan tussen wat we nu appel, cassatie en revisie zouden noemen. De Bosch Kemper wijst erop dat al in de Etablissements de Saint Louis, een verzameling van juridische teksten uitgegeven door, of kort na de dood van, Lodewijk IX, melding wordt gemaakt van ‘la supplication pour erreur de fait’, in te stellen bij dezelfde rechter die het vonnis gewezen had, en ‘la supplication pour erreur de droit’, in te stellen bij het Conseil d’État.²⁰

De koning kon zich op allerlei manieren in de procedures mengen. Hij deed dat via het Conseil du roi. Deze inmenging was vormvrij.²¹

14 De Bosch Kemper, 1840.

15 Van Boven, 1990.

16 Melai, 1985:189 e.v.

17 Stamhuis, 2001.

18 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005.

19 De Hullu, 1989:10.

20 Zie De Bosch Kemper, 1840:314, verwijzend naar de Etablissements de Saint Louis, Liv. I, Chap. 80 (moet waarschijnlijk 8 zijn-AR) en Liv. II, Chap. 15. Deze teksten behelzen beschrijvingen van negen ordonnances van Lodewijk IX en dertiende eeuws gewoonterecht van Tours, Orléans en Parijs. De titel van hoofdstuk 8 van boek I luidt (in een engelse vertaling) ‘On appealing against your lord for default of judgment’; de titel van hoofdstuk 15 van boek II luidt: ‘On the duties of the advocate, and how you should give a judgment; and on appealing to the sovereign’s court for false judgment and default of judgment’ (bron: The Etablissements de Saint Louis vertaald door Akehurst, 1996 (Middle Age Series). Met Conseil d’État wordt naar mag worden aangenomen het Conseil du Roi bedoeld.

21 Zo ontstond in de 13^e eeuw het onderscheid tussen ‘justice réglée’ – uitgeoefend door de vaste gerechten aan de hand van gewoonterecht of ordonnances – en het justice commune of retenue, vormvrij uitgeoefend door de Conseil du roi. Zie Melai, 1985:190.

Men moet zich van deze inmenging in de praktijk echter niet al te veel voorstellen. Het centrale gezag was destijds nog niet erg sterk. Er was nog lang geen sprake van een eenheidsstaat zoals wij die tegenwoordig kennen. Het recht bestond voor het overgrote deel uit lokaal bepaald gewoonterecht, waarop de koning geen invloed kon (en wilde) uitoefenen. Voorzover er geschreven recht was, betrof dit ordonnanties, in het algemeen op publiekrechtelijk terrein. Veruit de meeste zaken werden op lokaal niveau definitief afgedaan: het recht op hoger beroep was in een feodale monarchie als de Franse een uitzondering. De ene koning was bovendien sterker dan de ander, waardoor van gehoorzaamheid van de regionale instanties aan koninklijke ordonnanties in sterk wisselende mate sprake was. Er was al met al sprake van grote rechtsverscheidenheid. Dat werd niet als problematisch beschouwd: overal in Europa heerste op dat moment het lokale gewoonterecht.²² De invloed daarop vanuit de (katholieke) kerk was overigens ook van groot belang. Geloof en bijgeloof speelden in het strafproces nog een belangrijke rol.²³

Vershil tussen de rechtsgebieden

In de loop van de tijd ontstond een verschil tussen de rechtsgebieden. Omdat bij de bestuurlijke zaken de staatsmacht het meest in geding was, speelde het Conseil du roi daar de grootste rol. Het civiele recht en het strafrecht werden meer en meer het exclusieve domein van het Parlement van Parijs, dat zichzelf ook na het ontstaan van regionale parlementen beschouwde als de hoogste Franse rechter, alleen al omdat zijn rechtsgebied ongeveer de helft van het koninkrijk besloeg.^{24 25} Van uitspraken van de parlementen was geen hoger beroep mogelijk, maar wel kon (als gezegd) het Conseil du roi om redenen van staatsbelang de daar behandelde zaken aan zich trekken.²⁶ Dat leverde een machtsstrijd op tussen het Conseil en de parlementen, vooral met het Parlement van Parijs.²⁷

22 Zie Van den Berg, 1999:14.

23 Zie Sadakat Kadri, 2006: hoofdstukken 1 en 2.

24 De parlementen hadden overigens ook vele andere, politieke, bevoegdheden. Zie bijvoorbeeld Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:2 en Melai, 1985:190-191.

25 Stamhuis stelt dat geleidelijk aan mogelijkheden ontstonden zaken in appel voor te leggen aan het hof van de koning, dat onder de naam Parlement verspreid over het land zittingen hield. Van Boven stelt dat de parlementen uitgroeiden van koninklijke adviescolleges tot rechtscolleges (Van Boven, 1990:44).

26 Van Boven, 1990:44.

27 In en via de parlementen oefende de adel zijn invloed uit. Genoemde machtsstrijd moet tegen die achtergrond worden gezien. Zie Schönfeld, 1979:25. Zie ook Melai, 1985:192.

Competentiestrijd tussen koning en rechters

In 1302 werd de bevoegdheid van de koning zich met rechterlijke procedures te bemoeien voor het eerst formeel afgebakend door een ordonnantie van Philips de Schone. Daarin werd de onschendbaarheid van de arresten van het Parlement van Parijs erkend, maar nog steeds mocht de koning ingrijpen in geval van dubbelzinnigheid of dwaling. Verantwoording en controle vormden voor het eerst elementen van het koninklijk ingrijpen.²⁸ Een dergelijke ingreep vond plaats middels een brief, die 'lettre de proposition d'erreur' ging heten. De 'proposition d'erreur' beoogde altijd de herroeping van een uitspraak door dezelfde rechter, de 'rétraction'.²⁹

Deze afbakening loste het probleem echter niet op en het Parlement en het Conseil bleven in de eeuwen die volgden over hun competenties strijden. Daarbij lijkt met name het Parlement van Parijs, dat zich tot een gezaghebbende instantie van beroepsmagistraten ontwikkelde, zich in de loop van de eeuwen in toenemende mate tegen het koninklijk gezag te hebben verzet.

In de 15^e en 16^e eeuw vond een regionale uitbreiding van het aantal gerechten plaats. Dat leidde tot nieuwe competentiegeschillen en tegenstrijdige arresten. De koning reageerde hierop met het invoeren van een nieuwe mogelijkheid tot het vernietigen van rechterlijke uitspraken, de 'réformation'. De Conseil du roi kon vernietigen wegens miskennis van schriftelijke koninklijke bevelen en wees in dergelijke gevallen de zaak naar een ander parlement voor verdere behandeling.

Deze réformation vertoont overeenkomsten met de latere cassatie.³⁰ De term 'cassatie' lijkt ook voor het eerst in relatie tot de réformation te zijn gebruikt.³¹ Deze réformation verdrong de 'proposition d'erreurs', die in de 15^e en 16^e eeuw werd beperkt tot het beroep op feitelijke dwaling en in 1667 uiteindelijk werd afschaft.³²

Ontstaan van recht van beroep op het hoogste gezag

Van oorsprong was de controle op de rechtspraak dus een politiek wapen in de handen van de koning. Omdat in het ongelijk gestelde burgers zich echter in de loop van de tijd steeds vaker tot de koning wendden om vernietiging van arresten te vragen, ontwikkelde zich een recht van beroep op het allerhoogste gezag.³³ In 1578 werd het Conseil du roi onder invloed van die ontwikkeling verdeeld in twee afdelingen, een Conseil d'état en een Conseil des parties of Conseil privé. Dit laatste was belast met de behandeling van verzoeken van burgers. Veegens beschrijft hoe de mogelijkheden zich tot dit laatste Conseil te wenden nadien voortdurend toenamen. Dit werd veroorzaakt door vermeerdering van het aantal door de koning uitgevaardigde ordonnanties, maar ook door het enkele bestaan van het rechtsmiddel

28 Melai, 1985:191.

29 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:3.

30 Melai, 1985:193-194 en Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:3.

31 Melai noemt in het hierboven geciteerde werk een door François I in 1529 uitgevaardigd reglement waarin het woord cassation als benaming voor deze vorm van vernietiging van arresten wordt gebezigd.

32 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:3.

33 Zie De Bosch Kemper, 1840:315.

als zodanig: ‘In dezelfde richting werkte de invloed van de praktijk, die altijd ernaar heeft gestreefd en zal blijven streven de grenzen van een beperkt rechtsmiddel te verruimen.’³⁴

In het begin van de 18^e eeuw werden voor het eerst procesrechtelijke voorschriften voor het procederen voor het Conseil des parties opgesteld.³⁵ Deze gelden in grote trekken tot op de dag van vandaag nog in burgerlijke zaken, maar golden aanvankelijk ook voor strafzaken. Een verzoek tot vernietiging moest schriftelijk worden ingediend en middelen van cassatie bevatten. Er was sprake van een drempel: een bedrag moest in consignatie gegeven worden. Dat bedrag was 150 livres, wat voor de meeste mensen waarschijnlijk een serieus obstakel zal hebben betekend.³⁶ Voorts werd een ontvankelijkheidstoetsing verricht, die inhield dat werd bezien of het verzoek voldoende ernstig moest worden genomen en of het genoegzaam was gemotiveerd. Als het verzoek niet-ontvankelijk werd verklaard, werd het geldbedrag verbeurd. Als het verzoek ontvankelijk was, diende de verzoeker dit verlov aan de wederpartij³⁷ te betekenen. Aan gedetineerden die zich ‘dans les prisons du roi’ bevonden werd dit rechtsmiddel onthouden.

Eerste beschrijving van cassatiegronden

In de tweede helft van de 18^e eeuw werden voor het eerst gronden voor dit beroep op de hoogste instantie beschreven, waarbij alle thans nog bestaande cassatiegronden waren vertegenwoordigd: ernstige procedurefouten, overschrijding van de rechterlijke bevoegdheid en schending van ordonnances, zowel inhoudelijk als voor wat betreft hun vorm. Deze laatste grond werd als de belangrijkste gezien.³⁸ Of deze gronden in de praktijk (strikt) werden toegepast is onzeker.

Melai stelt dat de beschrijving een (mislukte) poging behelsde om tot een aannemelijke grensbepaling te komen tussen het Conseil des parties en de parlementen. In de praktijk lijkt de bevoegdheid van het Conseil zo rekbaar te zijn geweest, dat het waarschijnlijk mogelijk was zich op persoonlijke of politieke gronden met de concrete geschillen zelf in te laten.³⁹ Melai stelt ook dat de betekenis van (wat hij al noemt) de cassatie onder het Ancien régime niet mag worden overschat. Een helder aan de rechtsontwikkeling ten grondslag liggend denkbeeld ontbrak. Bovendien motiveerden de parlementen noch het Conseil hun uitspraken, waardoor niet duidelijk werd in hoeverre hun oordelen op feitelijke – en in hoeverre

³⁴ Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:5.

³⁵ Reglement van 28 juni 1738, ‘concernant la procédure que sa Majesté veut être observé en son Conseil’, waarnaar Melai verwijst (Melai 1985 :198) van het in de vorige noot genoemde artikel. Ook de hier volgende beschrijving van deze procedure is aan dit artikel ontleend.

³⁶ Hoewel de waarde van een *livre* lastig te achterhalen is en bovendien in de tijd veranderde, kan wellicht als referentie worden gebruikt dat een jaarinkomen van 50.000 *livres* kennelijk riant was. Van den Berg (1999) noemt dit bedrag als (deel van) het jaarinkomen van een bijzonder rijk persoon.

³⁷ Hiermee zal in strafzaken de benadeelde bedoeld zijn, maar mogelijk ook het openbaar ministerie.

³⁸ Deze rubricering is in een memorie vastgelegd door Gilbert de Voisins en aangeboden aan Lodewijk XV, zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:5-6.

³⁹ Zie Melai, 1985:200-201. Zie ook Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:6.

op rechtsgronden waren gebaseerd en het Conseil nauwelijks leiding gaf aan de rechtspraak.⁴⁰

De cassatie is primair gericht op 'le maintien des ordonnances'

Niettegenstaande de bovengenoemde beperkingen, ging het koninklijk recht tot ingrijpen toch langzaam over in iets wat begon te lijken op beroep in cassatie. Voor wat het rechtsbeschermende aspect betreft is van belang dat het funderend principe steeds bleef: 'Que la cassation a été introduite plutôt pour le maintien des ordonnances, que pour l'intérêt des justiciables' (citaat van Joly de Fleury, jurist onder Lodewijk XV).⁴¹ Stamhuis tekent hierbij aan dat het ging om de handhaving van het door het centrale gezag afgekondigde recht, meer vanuit een gemengde politiek-juridische dan vanuit een puur juridische inspiratie.⁴² Onder het ancien régime waren het dus zeker niet primair de belangen van de justitiabele die door cassatie werden beschermd.

1.2.2 *De Franse Revolutie*

De 18^e eeuw was de eeuw van de Verlichting. Grote denkers als Locke, Rousseau, Montesquieu en Voltaire verwoordden een nieuwe tijdgeest: die waarin de vrijheid en de rechten van de burger een centrale rol kregen. Hun ideeën werden tegen het eind van die eeuw voor het eerst op revolutionaire wijze in de praktijk gebracht in Amerika, middels de Declaration of Independence, en in Frankrijk middels de Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. De rechtsstaat werd geboren. Een belangrijk aspect daarvan was dat onderscheid werd gemaakt tussen wet en recht. Aan de burger werden grondrechten toegekend die de overheid niet mocht schenden, ook niet door het uitvaardigen van wetten. Aldus werden voor het eerst ook mensenrechten geformuleerd.

De rechtspraak kreeg in Frankrijk echter een andere vorm dan in de Verenigde Staten. Wij concentreren ons daarom opnieuw op Frankrijk, gezien het belang van de ontwikkelingen daar voor het Nederlandse cassatiestelsel.

Montesquieu en de leer van de machtscheiding

Het belang van de Franse Revolutie voor de staatsinrichting en de plaats van de rechtspraak daarin kan nauwelijks worden overschat. Met name de door Montesquieu ontwikkelde leer van de machtscheiding is daarvoor bepalend geweest.

⁴⁰ Zie Melai, 1985:201.

⁴¹ Zie De Bosch Kemper, 1840:315. Een bladzijde verder merkt hij bovendien op dat de Conseil d'État uitspraken ook gedeeltelijk kon vernietigen. Joly de Fleury en Gilbert de Voisins meenden dat de cassatie alleen diende plaats te vinden in gevallen waarin de schennis der Wet boven alle twijfel verheven was en dat het Conseil zich daarom van deze mogelijkheid bediende.

⁴² Stamhuis, 2001:424.

Melai stelt in zijn dissertatie dat deze leer niet zozeer op een theoretisch denkmodel beruiste, als wel was bedacht als een rechtspolitieke oplossing voor de problemen van machtsmisbruik en willekeur, die Montesquieu in zijn tijd waarnam.⁴³ Montesquieu was in het begin van de 18^e eeuw gedurende elf jaar president van de strafsectie van het Parlement van Bordeaux.⁴⁴ Hij had derhalve praktijkervaring met het strafrecht. Kennelijk was het rechterswerk dat hij om zich heen had gezien hem niet bevallen.

In zijn beroemde werk 'De l'esprit des lois' bepleitte Montesquieu een strikte scheiding der machten. Om machtsmisbruik en willekeur te voorkomen, dienden de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht van elkaar te worden gescheiden en elkaar te kunnen controleren. De rechter was in dat systeem niet meer dan 'la bouche qui prononce les paroles de la loi'. Montesquieu toonde zich een fervent tegenstander van iedere bevoegdheid van de rechter een eigen interpretatie aan de wet te geven, althans, zo is zijn leer door de vormgevers van het Franse recht geïnterpreteerd en toegepast.⁴⁵ De rechter moest beseffen dat het recht is gegeven buiten hetgeen hij zelf voor goed zou houden. De leer der machtenscheiding is met zoveel woorden opgenomen in de Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, de beginselverklaring van de Franse Revolutie.

Reorganisatie van de rechtspraak

Een van de eerste zaken die de Assemblée Constituante van 1789 aanpakte was de reorganisatie van de rechtspraak.⁴⁶ Daarvoor waren niet alleen de ideeën van Montesquieu de aanleiding:⁴⁷ tijdens het ancien régime was grote onvrede ontstaan over de rechterlijke organisatie in het algemeen en de strafrechtspraak in het bijzonder.⁴⁸ Het wantrouwen tegen rechters was daarom groot. Daar kwam bij dat de

43 Melai, 1985:7-12. Hij stond hierin overigens niet alleen, zie bijvoorbeeld Van Boven, 1990:47-50.

44 Zie de Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/entries/montesquieu>.

45 Schönfeld meent dat deze interpretatie, die de gangbare is, op een onjuist begrip van Montesquieu's werk berust. Hij meent dat de metafoor, waarin de rechter als 'bouche de la loi' wordt aangeduid, afkomstig is uit de Engelse constitutionele geschiedenis van de 17^e eeuw, waarin sprake was van een spanning tussen de Koning en de rechter. Waar oorspronkelijk aan de Koning het (door God gegeven) recht toekwam 'to be a speaking law', ontstond later de gedachte dat de rechter 'lex loquens' was, ofwel de spreekbuis waardoor het recht uiteindelijk tot gelding kwam. Montesquieu was weliswaar een pleitbezorger van machtenscheiding ('checks and balances'), maar niet van een 'juge automate' (Schönfeld, 1979).

46 Zie Van Boven, 1990:46, waar hij vermeldt dat van de Assemblée vooraanstaande juristen deel uitmaakten, waaronder Adrien Duport, raadsheer in het Parlement van Parijs en groot voorstander van het Engelse rechtssysteem, en Charles Chabroud, advocaat, die een eigen voorstel voor de cassatierechtspraak indiende.

47 Blok en Besier vermelden zelfs kortweg dat de hervorming van het strafproces plaatsvond onder invloed van de geschriften van 'Voltaire en anderen, die de groote voordelen van het Engelsche strafproces hadden pogen aan te toonen' en dat aldus in 1791 een procesorde in het leven werd geroepen die geheel op Engelse leest was geschoeid. In dit verband verdient vermelding dat Montesquieu, die enige tijd in Engeland woonde, ook zeer onder de indruk was van het Engelse rechtssysteem. Zie Blok en Besier, 1925:6.

48 Van Boven, 1990:42, waar hij de Cahiers de Doléance beschrijft, schriftelijke memoranda die door kiesraden in het hele land waren opgesteld en waarin klachten over het bestuur en de rechtspraak waren opgesomd.

nieuwe politieke machthebbers, wier opvattingen in de Assemblée met name werden verwoord door Robespierre, waarschijnlijk de vrijheid van het bestuur niet al te zeer door de rechter beknot wilden zien.⁴⁹ Aan de andere kant werd in het nieuwe staatsbestel de rechter als dé beschermer van de vrijheden van de burgers tegen de overheid beschouwd.

Deze ambivalentie had onder meer rechtstreekse gevolgen voor de cassatierechtspraak, die men als instituut wilde handhaven.⁵⁰ De Assemblée zag de rol van de cassatierechter als analoog aan die van het afgeschafte Conseil des parties: evenals het Conseil des parties had de nieuwe cassatierechter als taak eenheid van jurisprudentie te creëren, omdat zonder dat eenheid van wetgeving niet kon bestaan.⁵¹ Er was echter ook een belangrijk verschil, doordat in het oude recht cassatie alleen was toegelaten bij een duidelijke en onbetwistbare schending van de wet, terwijl in het nieuwe recht het beroep in cassatie diende om eenheid in de toepassing van de wet te brengen.⁵² Dat doel leidde ook tot de invoering van een nieuwe instelling: de cassatie in het belang der wet, waarvan het uitsluitend doel was de juiste toepassing van de wet te waarborgen, zonder dat partijen cassatie hadden gevraagd en zonder dat de vernietiging nadeel toebreacht aan de door hen verkregen rechten.⁵³

Het Tribunal de Cassation

Zo werd in 1790 het Tribunal de Cassation ingesteld, echter niet als onderdeel van de rechterlijke macht, maar als orgaan van het wetgevend lichaam met een beperkte taak en beperkte bevoegdheden. Het was verdeeld in twee secties: een voor civiele en een voor criminele zaken.⁵⁴ Het Tribunal was belast met (onder meer) het onderzoek naar de toepassing van de wet door strafhoven, maar was verplicht interpretatievragen aan de wetgever voor te leggen. De wetgever had het laatste woord.

De taak van het Tribunal was alle uitspraken te vernietigen waarin sprake was geweest van vormverzuim of schending van de wet.⁵⁵ Dat was echter meer een

49 Van Boven, 1990:46 en 49.

50 Van Boven, 1990:48 vermeldt dat Robespierre hiervan echter een tegenstander was en de taak van dit hof liever toevertrouwd zag aan het *Corps Législatif*.

51 Stamhuis citeert op p. 424 de volgende passage uit Garraud en Garraud, 1928:266, tome V: 'L'Assemblée constituante voulant réaliser l'unité de législation, comme un des moyens les plus efficaces de réaliser l'unité politique du pays, fut promptement amenée à envisager l'organisation d'un corps judiciaire ayant un rôle analogue au rôle contentieux l'organisation du Conseil des parties et dont l'intervention fut de nature à réaliser de la jurisprudence sans laquelle l'unité de législation serait restée illusoire.' Anderzijds moet worden opgemerkt dat bijvoorbeeld Robespierre het woord 'jurisprudentie' eigenlijk niet wilde horen, nu die uitsluitend een weergave kon zijn van de wet, zoals Van Boven opmerkt in het hiervoor al veelvuldig aangehaalde werk (Van Boven 1990:52).

52 De Bosch Kemper, 1840:317.

53 De Bosch Kemper, 1840:318.

54 Van Boven, 1990:60.

55 Zie Melai, 1985:56, citerend uit art. 3 van het decreet van 27 november – 1 december 1790: 'Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi. (...) Sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal ne pourra connaître du fond des affaires.' Zie ook De Bosch Kemper, 1840:316.

grondbeginsel voor de wetgeving dan dat het in volle omvang in praktijk werd gebracht. In strafzaken werd de wetsschennis, of verkeerde toepassing van de wet slechts als grond van cassatie aangenomen als was veroordeeld tot een straf die de wet niet kende, of was ontslagen van rechtsvervolging wegens niet strafbaarheid van een feit, terwijl dat feit wel strafbaar was. Daarbij leverde verkeerde toepassing van de wet alleen grond voor cassatie op als deze was begaan in het vonnis en tenslotte was een cassatieberoep niet ontvankelijk wanneer de beschuldigde bij een juiste toepassing van de wet dezelfde straf zou hebben gekregen.⁵⁶

Het Tribunal mocht zich niet bezighouden met het echte rechterswerk, het beoordelen van de zaak zelf. Als het casseerde, diende het de zaak terug te wijzen naar de rechter. De enige uitzondering op deze regel was dat indien werd bevonden dat het feit waarvoor was veroordeeld geen strafbaar feit opleverde, het Tribunal de zaak zelf kon afdoen met een ontslag van rechtsvervolging.⁵⁷

De lagere rechter was echter niet gehouden conform het oordeel van het Tribunal te beslissen, wat betekende dat zaken soms bleven terugkomen. Wanneer dat in een zaak voor de derde maal gebeurde, kon het Tribunal zelf een onherroepelijke beslissing geven, maar slechts na verkrijging van een bindende interpretatie van de wetgever (*référé obligatoire*).

Competentiestrijd tussen het bestuur en het Tribunal

Tussen het hoogste bestuursorgaan, het Directoire, en het Tribunal ontstonden al snel conflicten, waarbij het bestuur met name last had van de bevoegdheid van het Tribunal vonnissen van de rechter aan de wet te toetsen. Het Directoire vond dat het Tribunal daardoor zijn bevoegdheden overschreed.⁵⁸ Bij het Tribunal werd (waarschijnlijk mede om die reden) een commissaris des konings aangesteld, de voorloper van de procureur-generaal. Deze commissaris werd aangesteld door het Directoire en hield in feite toezicht op de rechtspraak.⁵⁹ Formeel was hij belast met het handhaven van wetten en de tenuitvoerlegging van vonnissen. Ook kon hij cassatie in het belang der wet instellen als partijen stilzaten.⁶⁰

⁵⁶ De Bosch Kemper, 1840:316-317.

⁵⁷ Van Bemmelen, 1957:478. Deze uitzondering werd 'terstond' opgenomen in de *Code d'Instruction Criminelle*, aldus Van Bemmelen.

⁵⁸ Van Boven, 1990:98, verwijzend naar Halperin, Tribunal de cassation. Op p. 98-99 geeft Van Boven de volgende schets van wat hij de Franse mentaliteit tegenover de wetgevende macht noemt: 'Voor de Fransen was een beroep op de machtenscheiding het middel om te voorkomen, dat de rechterlijke macht kennis zou nemen van geschillen op grond van besluiten of handelingen van de overheid.' Hij ziet dit als een verschil tussen de Franse benadering enerzijds en de Nederlandse anderzijds. Hij illustreert die laatste als volgt: 'in de ogen van de Bataafse patriotten was de machtenscheiding juist bedoeld als een bescherming van de rechterlijke macht tegenover de administratie', daarbij verwijzend naar Drion, Administratie.

⁵⁹ Van Boven, 1990:55. Zie ook Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:22, waar blijkt dat het in Frankrijk gebruikelijk was dat het Openbaar Ministerie het recht had bij de beraadslagingen in raadkamer (ook van de cassatierechter) aanwezig te zijn. Dat is evenzeer een indicatie van toezicht op de rechtspraak door het bestuur.

⁶⁰ Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:10. Zie voor een uitvoerige uiteenzetting hierover Den Hartog Jager, 1994:14-15.

Verzelfstandiging van het Tribunal de Cassation

Vanaf 1800 bleek de onwerkbaarheid van het systeem van de verplichte consultatie van de wetgevende macht. In dat jaar hield Portalis⁶¹ een befaamde redevoering, waarin hij een pleidooi hield voor de interpretatie van de wet als een fundamenteel aspect van de rechtspraak en dus als een aan de rechter toekomende bezigheid, omdat de wetgever nu eenmaal niet alles kan voorzien en regelen.⁶² Het Tribunal deelde of volgde kennelijk die mening, want in een arrest van ongeveer een maand later overwoog het Tribunal dat de référé obligatoire slechts betrekking had op algemene en onbepaalde vragen en niet op individuele rechtszaken.⁶³ Vervolgens heeft het de uitleg van de wet in snel tempo aan zich getrokken. Eerst werd de cassatiegrond schending van de wet uitgebreid met haar verkeerde toepassing, het recht doen krachtens een wet die niet geschreven is voor het ter tafel liggende geval. Deze grond werd met name genoemd in enkele strafrechtelijke wetten vanaf 1791, maar werd zonder steun in de wet ook in burgerlijke zaken toegepast. Later ging het college over tot vernietiging wegens onjuiste wetsuitlegging.⁶⁴

Wettelijke regeling van de cassatie

In 1837 werd de cassatie bij wet geregeld en veranderde de naam van het hoogste college in Cour de Cassation. Toen ook werd hem de bevoegdheid toegekend om, na een tweede vernietiging in cassatie, in verenigde Kamers een rechtsbeslissing te geven, waaraan het Hof na verwijzing bij de afdoening van de zaak gebonden was. Sindsdien heeft de Cour de Cassation tot taak om naast de eenheid van de wet eenheid in de rechtspraak te bewaren, voorzover het gaat om de wettelijke grondslag daarvan.⁶⁵

Na deze wettelijke verankering is de cassatie in Frankrijk zo'n honderd jaar in essentie ongewijzigd gebleven. In de eerste helft van de 20^e eeuw begon het probleem van de overbelasting en begonnen derhalve ook de maatregelen om dat probleem te beheersen. Daarover later meer.

1.2.3 *Conclusie ten aanzien van het al dan niet rechtsbeschermend karakter van de taak van de Franse cassatierechter in de beschreven periode*

De Franse cassatie is een oud instituut. Onder het ancien régime had het echter een beduidend andere functie dan het kreeg na de Franse Revolutie. Dat geldt zeker

61 Jean-Etienne Marie Portalis was een advocaat en invloedrijk staatsman. Hij was een van de belangrijkste opstellers van de *Code Civile* onder Napoleon tussen 1800 en 1804.

62 Melai, 1985:60.

63 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:10. De rede van Portalis vond plaats op 24 Thermidor van het jaar 1800 en het arrest van het Hof werd gewezen op 21 Fructidor van datzelfde jaar. In de Franse Republikeinse jaartelling volgde Fructidor op Thermidor. Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat Veegens als datum van het arrest '21 fructidor an VII (8 september 1800)' vermeldt. Het jaar VII was in genoemde jaartelling echter gelegen in 1799, zodat aannemelijk is dat sprake is van een kennelijke verschrijving dan wel een drukfout en dat voor 'an VII' gelezen moet worden 'an VIII'.

64 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:10 en 11.

65 Melai, 1985:56.

bezien vanuit het oogpunt van bescherming van belangen. In de feodale monarchie die Frankrijk tot het eind van de 18^e eeuw was, was de cassatie primair een politiek wapen van de koning, erop gericht zijn macht te beschermen en te vergroten. Weliswaar werd dit rechtsmiddel in de loop van de tijd ook voor burgers toegankelijk, maar gericht op de bescherming van zijn belangen was het niet direct. Om het citaat van Joly de Fleury nog maar eens te herhalen: 'Que la cassation a été introduite plutôt pour le maintien des ordonnances, que pour l'intérêt des justiciables'. Overigens ligt in deze uitspraak besloten dat de belangen van de justitiabele nu ook weer niet helemaal buiten het gezichtsveld bleven. Het Conseil kon zich in de praktijk met alles inlaten wanneer het daar op persoonlijke of politieke gronden aanleiding toe zag. Dat betekende dat ook concrete geschillen door het Conseil konden worden behandeld. Dat zullen echter zelden of nooit strafzaken zijn geweest.

Evenzeer is van belang erop te wijzen dat de rechters onder het ancien régime verre van onafhankelijk waren: hun ambten waren vaak erfelijk en verkoopbaar, zelf waren ze regelmatig onbekwaam en altijd afhankelijk van hun 'seigneur'. Hoewel aangenomen mag worden dat het Conseil privé uit bekwame juristen zal hebben bestaan, zullen ook zij afhankelijk zijn geweest van de koning.

Onder de nieuwe orde van na de Franse Revolutie kwamen de belangen van burgers voorop te staan. De staatsinrichting werd bepaald door de gedachte dat de burger een vrij man was, die bescherming nodig had tegen de overheid. De wet moest die bescherming bieden. De rechter diende deze zonder enige eigen inbreng, en in de vroege opvatting zelfs zonder rekening te houden met de wil van de wetgever, toe te passen. In die zin had de rechtspraak in algemene zin een sterk rechtsbeschermend karakter gekregen. Met name in de sfeer van het strafrecht werd rechtsbeschermende wetgeving geïntroduceerd. De rechter werd bovendien onafhankelijk.

De cassatie werd echter in eerste instantie niet als een onderdeel van de rechtspraak gezien. Aan de cassatierechter werd de taak gegeven in gebondenheid aan de wet en zonodig na raadpleging van de wetgever de eenheid van de wettoepassing te bewaken. Al snel kwam daarbij de taak datzelfde te doen met betrekking tot de eenheid van de rechtspraak. Later eigende de Cour de Cassation zich interpretatiebevoegdheid toe en mocht het in een beperkt aantal gevallen ook zelf een einduitspraak doen. Hij werd alsnog een echte rechter. De vernietigingsgronden waarvan hij gebruik mocht maken waren ongeveer dezelfde als nu: verzuim van vormen en schending of verkeerde toepassing van de wet. Het is overigens opmerkelijk dat de cassatierechter niet kon toetsen aan het recht: gelet op het hiervoor vermelde onderscheid tussen de buitenwettelijke vrijheden van de burger als 'het recht' enerzijds, en 'de wet' die op die rechten geen inbreuk mag maken anderzijds, had dat wellicht voor de hand gelegen. Vermoed mag worden dat bestuurders als Robespierre een dergelijke macht niet aan de rechter hebben willen toekennen. Wat daarvan zij, zowel de destijds expliciet aan de cassatierechter opgedragen taak, als de taak die hij zich kort daarop toeëigende, zag op de rechtseenheid. Ook de invoering van de cassatie in het belang der wet wijst erop dat de rechtseenheid belangrijk werd gevonden.

In de wijze waarop de cassatierechtspraak in het Frankrijk van na de Revolutie werd georganiseerd lag, althans in theorie, natuurlijk wel een vorm van rechtsbescherming besloten: het volk brengt middels zijn vertegenwoordiging wetten tot stand waarin zijn eigen belangen tot uitdrukking worden gebracht. De toepassing van die wetten en de controle daarop door de hoogste rechter dienen dan ook mede de bescherming van de burger. In deze benadering, eigen aan de gedachte achter de scheiding der machten, is 'de burger' echter een abstracte grootheid. Zo bezien kan moeilijk van individuele rechtsbescherming middels cassatierechtspraak gesproken worden.

Dit geldt temeer nu het bestuur, dat zich in de decennia na de Revolutie steeds meer macht toeëigende, de machtenscheiding ook gebruikte om de rechterlijke macht van zich af te houden.

Niet mag echter niet uit het oog worden verloren dat niet alleen de scheiding der machten de situatie in het nieuwe Frankrijk bepaalde. Ook de idealen van de Verlichting zoals de vrijheid, de gelijkheid en de rechtszekerheid speelden in deze tijd een belangrijke en rechtsbeschermende rol. Van de gedachte van de bescherming van de burger tegen de overheid was de Franse Revolutie doortrokken. Een humaner strafrecht vormde daarvan een van de belangrijkste aspecten. De wet veranderde radicaal en fundamentele rechten van de verdachte werden daarin gewaarborgd. De taak en bevoegdheden van de cassatierechter werden scherp afgebakend. Stamhuis merkt op dat van een fundamentele breuk ten opzichte van het verleden geen sprake was, daarbij doelend op 'het politieke eenheidsstreven', waarin de wet de uitdrukking van de politieke besluitvorming blijft. Hij stelt hierover het volgende: 'Het handhaven van de wetten is dan in wezen evenzeer onderdeel van de politieke gezaguitoefening als tevoren, maar dan niet meer ten dienste van de vorst, maar van het volk (begrepen als politieke macht en niet als "de justitiabelen").' Dezelfde opvatting is Hirsch Ballin toegedaan, die stelt dat de Franse Revolutie het instituut van cassatie transformeerde van een controle-instrument in handen van de Koning tot één ten behoeve van het parlement.⁶⁶ Daarmee doen zij echter tekort aan de idealen die toen leefden en de majeure veranderingen die plaatsvonden in zowel de materiële als de formele (straf)wetgeving. Van belang is ook het subtiële onderscheid in de toetsing in cassatie voor en na de Revolutie: onder het ancien régime was schending van de wet de vernietigingsgrond, na de Revolutie was dat schending wegens verkeerde toepassing van de wet. Dit onderscheid markeert een omslag in de ratio van het streven naar rechtseenheid. Voor de Revolutie was die ratio het verzekeren van de macht van de Koning, die de wet had uitgevaardigd; na de Revolutie ging het om de rechtsgelijkheid van de burgers en om de bescherming van hun burgerlijke vrijheden. De zelfstandige taak van de cassatierechter daarin kwam met name tot uiting vanaf het moment dat deze interpretatiebevoegdheden naar zich toetrok en zich daarmee een onafhankelijker positie ten opzichte van de wetgever verwierf.

⁶⁶ Hirsch Ballin, 1988:214-215.

Dat neemt niet weg dat rechtsbescherming van de individuele justitiabele in de Franse cassatie van waaruit de Nederlandse werd geboren, niet meer dan een bijkomende taak van de cassatierechter was. De geschiedenis van de invoering van de cassatie in Nederland

1.2.4 *De geschiedenis van de Nederlandse hoogste rechter tot 1795*

Het Parlement van Mechelen

De eerste derde instantie voor wat tegenwoordig Nederland heet, was de in Mechelen gevestigde Grote Raad, een rechtsprekend⁶⁷ college dat door de Bourgondische hertogen was ingesteld. In 1473 verleende Karel de Stoute dit college de vorstelijke status van Parlement van Mechelen. Daaronder fungeerden hoven van justitie, die optraden als appelinstantie en ook wel als rechter in eerste aanleg voor onder meer uitspraken in strafzaken.⁶⁸

Evenals in Frankrijk diende het Parlement als politiek wapen in handen van de machthebbers. Het ging dus niet om het tot stand brengen van rechtseenheid, al deed het bestaan van een dergelijke instantie wel enige gelijkvormigheid ontstaan.⁶⁹ Die moet echter, net als in Frankrijk, niet worden overschat. Op het gebied van de rechtspraak bestond een bonte, historisch gegroeide verscheidenheid, niet alleen per provincie, maar ook daarbinnen per regio en per plaats.⁷⁰

Tijdens de Tachtigjarige Oorlog bleef het Parlement van Mechelen aan Spaanse zijde en werd daardoor onbereikbaar voor de Noordelijke Nederlanden. In de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden⁷¹ werd het gemis van een hoogste rechtsprekende instantie gevoeld.⁷²

De Hoge Raad van Holland en Zeeland

Dat leidde ertoe dat in 1582 de Hoge Raad van Holland werd opgericht. In 1587 stelde ook Zeeland zich onder dit college, wat vervolgens de Hoge Raad van Holland en Zeeland ging heten. Geen van de overige Provinciën aanvaardde echter rechtsmacht van dit college.⁷³ Er bestond zeker in de vroegere periode van de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden geen enkele politieke behoefte aan eenvormigheid: men leek tevreden met een statenbond waarin werd samengewerkt

67 Zoals in die tijd gebruikelijk was het rechtspreken overigens niet de enige taak van deze Raad, het had ook bestuurlijke en adviserende taken.

68 Deze hoven zorgden onder meer voor verbreiding van de bekendheid met het Romeinse recht, die de bescheiden eenvormigheid van de rechtspraak ten goede kwam.

69 De Smidt, 1988:18.

70 Zie voor een uitvoerige beschrijving daarvan Van Boven, 1990:10-18.

71 De Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden ontstond tijdens de Tachtigjarige Oorlog (1568-1648). Zij werd uitgeroepen in 1588.

72 De Smidt, 1988:19.

73 Zie Van Boven, 1990:12.

op de terreinen van oorlog en buitenlandse betrekkingen.⁷⁴ Datzelfde gold voor eenvormigheid op juridisch terrein.⁷⁵

De Hoge Raad van Holland en Zeeland was een beroepsinstantie voor uitspraken van de Hoven van Holland en Zeeland, maar deelde ook bevoegdheden met het Hof van Holland,⁷⁶ dat belast was met de rechtspraak in de graafschappen Holland, Zeeland en West-Friesland. Dat leidde soms tot enige wrijving.⁷⁷ In 1662 heeft Johan de Wit daarom een poging gedaan deze twee instanties samen te voegen, maar zonder resultaat.⁷⁸ De Hoge Raad kreeg om onbekende redenen echter allengs steeds minder zaken te behandelen en werd in 1795 ‘gemortificeerd’. Of deze instantie zich vaak met strafzaken heeft beziggehouden mag overigens worden betwijfeld, nu het recht van appel in deze periode grotendeels was opgeheven.⁷⁹

Oud-vaderlandse voorlopers van de cassatie

De Hoge Raad van Holland en Zeeland vormde een ‘gewone’ hoger beroepsinstantie en zag zichzelf als de Noord-Nederlandse voortzetting van de Bourgondisch-Habsburgse Grote Raad, als een rechtsprekende derde instantie.⁸⁰ Met cassatie hadden zijn werkzaamheden derhalve niets van doen.

In het recht onder de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden waren echter wel rechtsmiddelen te vinden die enkele trekken van de latere cassatie vertonen.

74 Zie van Boven, 1990:11. In de latere periode van de Republiek veranderde dat overigens langzamerhand, waardoor de confederatie zich ontwikkelde tot een federatie.

75 Van Boven, 1990:11-12.

76 Het Hof van Holland had zich na 1428 ontwikkeld tot hoger beroepscollege in Holland en had oorspronkelijk ook belangrijke bestuurlijke taken. Zie De Smidt, 1988:18. Veegens meldt dat dit Hof aan het eind van de 17^e eeuw een ‘verwerpelijke’ reputatie had. Hij citeert Sir Francis Child die naar aanleiding van een bezoek aan Den Haag schreef: ‘At the end of this hall (i.e. de Ridderzaal) is a High Court of Justice, to which all appeals are to be made, but from which none are granted’ (Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:59, noot 1).

77 De Smidt, 1988:24 vermeldt dat het Hof van Holland op 17 maart 1644 aan de Staten van Holland schreef dat het ter verkorting van de lange duur van de procesgang zelf in hoogste ressort wilde gaan rechtspreken, zoals het dat ook voor het instellen van de Grote Raad van Mechelen had gedaan. Uit de betreffende brief blijkt dat de Hoge Raad (ook toen al) klaagde over overbelasting. ‘De Hoge Raad, “die al overlange gekreunt heeft onder zijn last”, zou ongetwijfeld bezwijken onder de “meerderen aenwas van processen”’.

78 Van Boven, 1990:12, noot 19, verwijzend naar Fruin, Geschiedenis Staatsinstellingen. De Smidt vermeldt dat de Hoge Raad in de periode van 1582 tot 1620 ongeveer 75 vonnissen per jaar wees, maar dat dit aantal door onbekende oorzaak gestaag terugliep tot een derde van dat aantal in tweede helft van de 18^e eeuw. De Smidt, 1988:25.

79 Zie Pols, 1897:357. Zie ook Van Boven, 1990:8 en 16-17, waar hij stelt dat de hoven in verscheidende provincies een rol speelden in de criminele rechtspraak, zij het een marginale. Hij vermeldt bovendien dat bij enkele hoven ‘appel of reformatie’ openstond van vonnissen van lagere rechters die ‘laboreerden aan nulliteit of informaliteit’.

80 Zie De Smidt, 1988:18.

Pols⁸¹ heeft als een mogelijke voorloper van de cassatie gewezen op de ook in strafzaken voor de onherroepelijk veroordeelde bestaande mogelijkheid ‘zijn toevlucht te nemen tot de Staten of Prince van den Lande, in casu manifestae et notoriae injustitiae’. Dit kon door het inroepen van ‘nietigheid in den vorm’ middels een ‘request civiel tot relief tegen eene sententie’. Waar het een vonnis van een lagere rechter betrof, deed men dit bij het hof, ingeval van een uitspraak van het hof, bij ‘den vorst of hooge overheid’.⁸² Pols vermeldt dat Voorda in zijn werk over de ordonnantiën van 1570 enkele gevallen noemt waarin de Staten van Holland in niet-appellabele zaken op een dergelijk request of beklag van de belanghebbenden de handelingen van een lager gerecht vernietigden wegens verregaande onregelmatigheden in de procedure en de behandeling van de zaak opdroegen aan het hof. Dit middel was ‘echter (...) een onzeker en onbeholpen middel en blijkbaar (...) zeldzaam van toepassing’.⁸³ Desalniettemin blijkt hieruit dat een procedure waarin vernietiging wegens vormverzuim plaatsvindt waarna verwijzing naar een andere instantie volgt, inderdaad (ook) wortels in de oud-vaderlandse geschiedenis heeft.

Daarnaast was in civiele procedures het rechtsmiddel van de ‘annulatio illico’ in gebruik gekomen. Met gebruik van dit rechtsmiddel kon men in appel (naar huidige taalgebruik) preliminair aanvoeren dat de lagere rechter vormen had verzuimd die nietigheid van het vonnis moesten meebrengen. Daarover beschikte het hof bij ‘appointement op het rekest’. In geval van verwerping behandelde het hof het beroep daarna inhoudelijk. In geval van gegrondverklaring werd de bestreden uitspraak vernietigd. Wanneer dat gebeurde waren partijen bevoegd het proces opnieuw aan te vangen, maar nu voor het hof.⁸⁴

Tenslotte verdient nog vermelding dat ‘revisie’ van arresten van de Hoge Raad bij de Hoge Raad zelf kon worden gevraagd, waarbij het echter (in tegenstelling tot de revisie van vandaag) verboden was nieuwe feiten aan te voeren of nieuwe bewijsstukken over te leggen. De Hoge Raad beoordeelde de zaak dan opnieuw, versterkt met zeven adjuncten-reviseurs vanwege de Staten van het betrokken gewest.⁸⁵

81 M.S. Pols was hoogleraar te Utrecht en een van de oprichters van het Tijdschrift voor Strafrecht (tegenwoordig Delikt en Delinkwent).

82 Zie Pols, 1897:355-356. Hij stelt dat ‘onder de Fransche omkleeding’ van het cassatiestelsel veel meer van de voormalige oude procedure is bewaard gebleven dan men gemeenlijk aanneemt. Hij noemt de mogelijkheid van een beroep op de Staten of de Prins als een van de sporen uit de oud-vaderlandse geschiedenis die de opname van de cassatie in de Nederlandse wetgeving kunnen verklaren.

83 Zie Pols, 1897:356, verwijzend naar Voorda, 1792:179 e.v. en 430 e.v.

84 Pols, 1897:356.

85 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:24, verwijzend naar Joh. Voet en Van der Linden.

1.2.5 *Cassatie in de periode van de Bataafsche Republiek*

Vorming van een nieuw staatsbestel dat nooit in werking trad

De moeizame gezamenlijke besluitvorming in de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden vormde tegen het einde van haar bestaan in toenemende mate een probleem. Er ontstond behoefte aan een meer gecentraliseerde regering.⁸⁶ Die kwam met de geboorte van de Bataafsche Republiek (1796-1806), die onder sterke Franse invloed stond.⁸⁷ In deze periode werd de eerste aanzet tot het invoeren van cassatierechtspraak gegeven.⁸⁸ Dat betekent echter niet dat de Franse rechterlijke organisatie werd omarmd. Men hechtte aan de traditionele instellingen, mede omdat in deze contreien de onvrede over de rechtspraak bij lange na niet zo groot was als in Frankrijk.⁸⁹

In de commissies die belast waren met het vormen van het nieuwe staatsbestel hebben uitvoerige discussies over de rechterlijke organisatie plaatsgevonden, waarbij de uitersten werden gevormd door de unitaristen⁹⁰ enerzijds en de federalisten anderzijds. Daartussen bevonden zich, naar goede Hollandse gewoonte, meer gematigde krachten.⁹¹ In grote lijnen stonden de unitaristen een rechterlijke organisatie zoals de Franse voor, terwijl de federalisten meer zagen in behoud van de oude vertrouwde instellingen. Tot onder Lodewijk Napoleon zouden de federalisten voorzichtigheid met radicale wijzigingen in het stelsel blijven bepleiten,

86 Tegen het eind van de Republiek ontstond verzet tegen de Stadhouder door 'verlichte' burgers, bekend geworden als 'de Patriotten'. Zij waren geïnspireerd door de Amerikaanse onafhankelijkheid en de Franse Revolutie. Hun verzet nam zodanige vormen aan dat sommigen van een burgeroorlog spraken. De echtgenote van de toenmalige Stadhouder Willem V riep de hulp in van haar broer, de koning van Pruisen. Dit leidde tot een Pruisische inval in 1787. Veel Patriotten vluchtten naar Frankrijk en keerden na de Franse machtsovername terug naar de Bataafsche Republiek.

87 Nadat in januari 1795 de Fransen ook de Noordelijke Nederlanden hadden bezet en de laatste stadhouder Willem V was gevlucht, erkenden zij in mei van dat jaar de Bataafsche Republiek als onafhankelijk en trokken zich terug. De facto was de Republiek echter een vazalstaat van Frankrijk. Maastricht en omgeving behoorden overigens niet tot de Republiek: dit gebied werd ingelijfd bij Frankrijk. Maastricht werd de hoofdstad van het *departement de la Meuse-Inférieure*, waaronder ook Roermond viel. De rechtspraak kwam onder de paraplu van de Cour de Cassation te Parijs. Zie Den Hartog Jager, 1994:19.

88 Zie hierover Van Boven, 1990: Hoofdstukken II t/m VI, p. 79 e.v., die een zeer uitvoerige uiteenzetting geeft van de wordingsgeschiedenis van de elkaar opvolgende (ontwerp) Staatsregelingen en (ontwerp) Constituties. Daaruit blijkt dat in eerste instantie helemaal nog niet werd gedacht aan invoering van het instituut cassatie. Zie ook Pols, die van oordeel is dat de gedacht dat de cassatie niet van zuivere Franse oorsprong is en dat 'onder de Fransche omkleeding veel meer van de voormalige oude procedure is bewaard gebleven dan men gemeenlijk aanneemt.' (Pols, 1897:354).

89 Zie Van Boven, 1990:39-40. Zie ook p. 83, waar hij stelt dat de Bataafse opvatting zeer verschilde van de Franse: het recht behoefde verbetering, niet de rechtspraak.

90 Belangrijkste vertegenwoordiger van de unitaristen binnen de Eerste Constitutiecommissie was Jacob van Manen, die in de jaren die volgden bij het (her)vormen van de rechterlijke organisatie een belangrijke rol zou blijven spelen.

91 Belangrijkste woordvoerder van die groep was de latere raadspensionaris Rutger Jan Schimmelpenninck.

uit angst voor al te grote onvrede bij de betrokkenen.⁹² Wel waren zij voorstanders van aanpassingen, waarbij zij in de Noord-Amerikaanse staatsvorm een voorbeeld zagen.⁹³

In eerste instantie wilde de Bataafsche Republiek het instituut cassatie niet invoeren, zelfs niet toen na een staatsgreep de fransgezinden in de wetgevende vergadering de overhand hadden gekregen. De activiteiten van deze vergadering, waarmee de Fransen zich intensief bemoeiden,⁹⁴ leidden tot de Staatsregeling 1798 waarin de cassatie dus niet was opgenomen.⁹⁵ Wel werd in de ter uitwerking van de Staatsregeling ontworpen Algemeene Manier van Procederen de *annullatio illico* opgenomen, ook wel ‘*appointment van cassatie*’ genoemd: het hiervoor al genoemde rechtsmiddel voor partijen om bij de departementale hoven ‘*preliminair*’ op te komen tegen formele nietigheid van vonnissen van lagere rechters.⁹⁷ Deze regeling werd nu ook van toepassing op zaken die niet aan hoger beroep onderhevig waren en ging tevens gelden voor strafzaken.⁹⁸ De Staatsregeling van 1798 is echter nooit in werking getreden en werd onder druk van Napoleon vervangen door de Staatsregeling 1801.

92 Van Boven, 1990:214.

93 Daarbij kregen vooral de onafhankelijkheid van de Amerikaanse rechter en het toetsingsrecht van het hoogste rechterlijk college van wetten aan de grondwet aandacht. Zie Van Boven, 1990:56-57.

94 De Franse ambassadeur was zelfs met een ontwerp voor een Constitutie naar Nederland gekomen en trachtte daarvoor steun te verwerven. Dat lukte eerst niet erg, maar na de Staatsgreep kreeg dit ‘*projet*’ belangrijke invloed.

95 Dat neemt niet weg dat binnen de codificatiecommissies wel degelijk een ontwerp voor een regeling waarin cassatie was opgenomen is gemaakt, waarin zelfs verder werd gegaan dan de Franse regeling, door de cassatierechter de mogelijkheid te geven de wet te interpreteren. Zie Van Boven, 1990:124-125.

96 Wel was voorzien in een Hoog Nationaal Gerechtshof, dat echter zeer beperkte bevoegdheden zou krijgen, een sterk uitgekleden versie t.o.v. het oorspronkelijke Ontwerp voor een staatsregeling uit 1797. De Franse opsteller van het ‘*projet*’ (Daunou) had op dit hof echter ernstige kritiek, omdat het teveel bevoegdheden had jegens het bestuur. Het had volgens hem ‘*un pouvoir sans bornes*’. Zie Van Boven, 1990:98.

97 Zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:19 en Van Boven, 1990:123, waarbij Veegens stelt dat de ‘*annullatio illico*’ hetzelfde was als het ‘*appointment van cassatie*’, terwijl Van Boven twee verschillende rechtsmiddelen onderscheidt, waarbij hij het ‘*appointment van cassatie*’ beschrijft als een rechtsmiddel in geval van vormverzuimen wanneer geen hoger beroep meer openstond. Hij ziet overeenkomsten met de Franse cassatie, nu het hof zich ingeval van ‘*appointment van cassatie*’ niet met de feiten mocht inlaten. Van Boven heeft het m.i. bij het verkeerde eind, zoals blijkt uit de door Pols geciteerde bepalingen (artt. 168 en 169) uit de Manier van procederen in civiele zaken: ‘Indien door de Burgerlijke Rechtbank of door den Vrederechter en Bijzitters, of door Scheidsmannen in zaken die geen hooger beroep onderworpen zijn, eenig Vonnis of andere Dispositie of Uitspraak is uitgebragt, welke nietig of van onwaarde is, kan hij die zich daarbij bezwaard acht, op grond van die nulliteit, en zonder dat daarbij eenig onderzoek van de zaak zelve in aanschouw mag komen, bij Requeste (volgens formulier no. 50) van het Departementaal Gerechtshof verzoeken Appointment, waarbij dezelve Dispositie of Uitspraak als nu en van onwaarde wordt gecasseerd, en de zaak ten Hove overgebragt, om aldaar uit dezelfde stukken op nieuw onderzocht en gedecideerd te worden.’

98 Pols vermeldt dat op de procedure ‘op den derden rechtsingang’ in strafzaken, de civiele wijze van procederen van overeenkomstige toepassing werd verklaard, waardoor ook het rechtsmiddel van de *annullatio illico* in strafzaken toegankelijk werd. Zie Pols, 1897:358. Hierbij moet wel bedacht worden dat het hoger beroep in strafzaken vrijwel was uitgesloten.

Het Nationaal Gerechtshof

In de Staatsregeling 1801 werd het Nationaal Gerechtshof⁹⁹ als hoogste rechter in het leven geroepen. Dit hof zou tot de inlijving bij Frankrijk in 1811 blijven bestaan. Dit hof had zowel rechtsprekende, als toezichhoudende en adviserende taken. Aldus was het een machtig hoogste college, dat veel trekken vertoonde van het vroegere Hof van Holland.¹⁰⁰ Het had mede de rol van cassatierechter. Als zodanig had het 'speciaal toezigt' over de rechtbanken en hoven en was het bevoegd hun vonnissen en handelingen te schorsen of te vernietigen wegens strijd met de 'Wetten aangaande de administratie van Justitie'¹⁰¹ en de 'form van Rechtspleging'. Het mocht zich echter niet met de beoordeling van de zaak zelf inlaten.¹⁰² Het Nationaal Gerechtshof nam dus in het kader van het hem opgedragen toezicht op de rechtspraak in wezen de vroegere annullatiebevoegdheid van de hoven over, maar mocht niet hun rechtsmacht aan zich trekken en diende daarom de zaak na vernietiging terug te wijzen of te verwijzen.¹⁰³

Deze rechterlijke organisatie ontmoette veel kritiek, niet in de laatste plaats van de rechterlijke organisatie zelf. Die zag de oude zelfstandigheid van de rechterlijke colleges verdwijnen, terwijl men anderzijds vond dat de competentie van het Nationaal Gerechtshof als appel- en cassatierechter gebrekkig geregeld was.¹⁰⁴

Wetsontwerp Lodewijk Napoleon

In 1809 werd de rechtsmacht van dit Hof in opdracht van Koning Lodewijk Napoleon opnieuw uitgewerkt in een wetsontwerp, dat tengevolge van de inlijving van Nederland bij Frankrijk nooit tot wet is verheven.¹⁰⁵ Het is echter wel interessant dit ontwerp te bezien, omdat het een onderdeel vormt van de ontwikkeling van de hoogste rechtspraak in Nederland.

De taken van het Hof bleven in dit ontwerp grotendeels ongewijzigd, zodat het naast cassatierechter onder meer ook appelrechter zou blijven. Er vond zelfs enige uitbreiding van de cassatiemogelijkheden plaats, doordat vernietiging in cassatie ook op ingekomen klachten, op voordracht van de procureur des konings of zelfs 'ex officio' (d.w.z.: wanneer geen beroep was ingesteld) zou kunnen worden

99 In 1806 onder het Koninkrijk Holland omgedoopt tot Hoog Nationaal Gerechtshof en na de inlijving bij Frankrijk in 1811 tot Keizerlijk Gerechtshof in Holland.

100 Van Boven, 1990:271.

101 Hiermee wordt uitsluitend de formele- en niet de materiële wetgeving bedoeld, zie hieronder.

102 De procedureregels voor dit hof waren neergelegd in een 'provisioneele regeling', in afwachting van de totstandkoming van een definitieve regeling die nooit gekomen is. Deze provisioneele regeling was getiteld 'Instructie van het Nationaal Gerechtshof der Bataafsche Republiek van 18 Februari 1802' en verwees voor de procedure eenvoudig naar de voormalige procedure van het Hof van Holland, die bij provisie zou worden gevolgd, voorzover niet strijdig met de Staatsregeling of de Instructie, aldus Pols, 1897:360.

103 Pols, 1897:366-367.

104 Van Boven, 1990:176.

105 In opdracht van de Koning kreeg een aantal commissies de opdracht onder de Staatsregeling 1798 vervaardigde wetsontwerpen te herzien en te bewerken. Dat leidde tot de totstandkoming van onder meer het Wetboek op de Regterlijke Instelling en Regtspleging in het Koninkrijk Holland van 1809. Op het moment van inlijving bij Frankrijk was dit wetboek echter nog niet ingevoerd. Zie Van Boven, 1990:221-222.

uitgesproken. Tot zelf afdoen was ook dit Hof echter niet bevoegd. De verwijzingsregels werden in het ontwerp gepreciseerd: wanneer na vernietiging van het vonnis van een rechtbank nieuw onderzoek moest worden uitgevoerd zou dit worden opgedragen aan het hof waaronder de rechtbank viel. Na vernietiging van een vonnis van een gerechtshof moest nieuw onderzoek worden uitgevoerd door een naastgelegen hof.

Deze vorm van hoogste rechtsspraak vertoont zekere overeenkomsten met de huidige cassatie,¹⁰⁶ waarbij echter ook sprake is van belangrijke verschillen.

Ten eerste zou het Nationaal Gerechtshof belast worden met veel meer taken dan alleen cassatie. Van Boven stelt dat hierdoor opnieuw een zeer machtig hoogste college werd voorzien.¹⁰⁷ Voor wat betreft de cassatietaak moet voorts worden opgemerkt dat van toetsing aan het materiële recht nog geen sprake was. Met de ‘Wetten aangaande de administratie van Justitie’, werd immers de formele wetgeving (waaronder de regeling der rechterlijke bevoegdheid) aangeduid. De taak van de cassatierechter bleef in deze periode dus in wezen beperkt tot het onderzoeken of sprake was geweest van vormverzuimen, zoals men in het oud-vaderlands recht al gewend was.¹⁰⁸ Pols was van mening dat in werkelijkheid een ‘buitengewoon hooger beroep’ werd aangenomen, zeer verschillend van het Franse cassatieproces.¹⁰⁹ Hij zag daarin zelfs een zo nauwe aansluiting aan de vroegere annullatie, dat de cassatie zijns inziens een verdere ontwikkeling van dit rechtsmiddel was.¹¹⁰

Voor wat betreft de hier beschreven periode lijkt dat wel juist. De Fransen lijken voor wat betreft de hoogste nationale rechter hun invloed op de Bataafse Republiek vooral te hebben aangewend waar het ging om inperking van diens bevoegdheden jegens de uitvoerende macht, opdat het bestuur de vrije hand zou hebben. Voor het overige hebben de conservatieve krachten in de Republiek de overhand gehouden.

Invoering Franse cassatie

Na de inlijving bij Frankrijk onder Napoleon in 1810 werd de Franse rechterlijke organisatie ingevoerd. De hoogste Nederlandse rechter werd het Keizerlijk Gerechtshof te Den Haag, terwijl cassatie kon worden ingesteld bij de Cour de Cassation te Parijs, waarin Noord-Nederlanders drie zetels kregen.¹¹¹ Van die

106 Veegens, Korthal Altes en Groen en de Smidt lijken het met elkaar oneens te zijn over de vraag of hier al van cassatie kan worden gesproken. De Smidt betoogt (ongemotiveerd) dat dit niet het geval was (De Smidt, 1988:22), terwijl Veegens, Korthals Altes en Groen stellen dat in ieder geval vanaf 1809 hoger beroep en cassatie duidelijk werden onderscheiden (Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:20).

107 Van Boven, 1990:272.

108 Zie Pols, 1897:366. Ook Van Boven vermeldt meermalen dat onder de Bataafse Republiek alleen vormverzuim tot cassatie kon leiden.

109 Pols, 1897:367.

110 Pols, 1897:367.

111 Van Boven verhaalt op p. 255 van zijn proefschrift hoeveel moeite het Van Manen kostte hiervoor kandidaten te vinden. Hoewel hij bij het opstellen van zijn lijstje al rekening had gehouden met andere factoren dan deskundigheid, zoals beheersing van het Frans en familieomstandigheden,

nieuwe mogelijkheid is met name in strafzaken met enige regelmaat gebruik gemaakt.¹¹² Dit was voor de Noordelijke Nederlanden de eerste kennismaking met de ‘echte’ cassatie.¹¹³

1.2.6 De totstandkoming van de cassatie in de wetgeving van 1838

Keizerlijk Gerechtshof wordt Hoog Gerechtshof der Verenigde Nederlanden

Na de herkrijging van de onafhankelijkheid in 1813 werd in ons land een centralistische monarchie ingevoerd, waarin de Koning veel macht had. Een van de eerste dingen die de nieuwe soeverein (de latere Koning Willem I) deed was het afschaffen van (onder meer) de cassatie.¹¹⁴ Het in de Franse tijd geïnstalleerde Keizerlijk Gerechtshof, toen het hoogste rechterlijk college hier te lande, werd omgedoopt tot Hoog Gerechtshof der Vereenigde Nederlanden en tot hoogste rechterlijk college verheven. Dit Hof functioneerde zoals voorheen veeleer als volledige derde instantie dan als cassatierechter,¹¹⁵ hoewel artikel 20 van het terzake genomen Soeverein Besluit¹¹⁶ wel cassatie-achtige trekjes vertoonde. Deze bepaling luidde:

‘Van alle vonnissen van Regtbanken van eerste Instantie, Geregten en Vrederegters, in het hoogste ressort gewezen, van welke geen appel, maar cassatie, werd geadmitteerd, zal men mogen appelleren aan het Hoog Gerechtshof, te dien effecte, dat het Hof, bevindende, dat de behandeling der zaak aan wezenlijke nulliteiten laboreert, of dat, in de toepassing der Wet, kwalijk is gehandeld, het vonnis, waarvan geappelleerd is, zal annuleren, de geheele zaak op nieuw onderzoeken, en daarin,...uitspraak doen,...’¹¹⁷

hadden de aangezochten ernstige bezwaren. Men wilde niet uit Nederland weg. Een van hen werd uiteindelijk desondanks toch gewoon benoemd.

112 Zie Van Boven, 1990:246 en Den Hartog Jager, 1994:31.

113 De cassatiegronden bestonden toen uit vormverzuim en enkele gevallen van schending van de wet. In gevallen waarin de beschuldigde was vrijgesproken stond voor het Openbaar Ministerie cassatie alleen open ‘voor het belang van de wet’ hetgeen geen nadelige gevolgen voor de beschuldigde kon hebben. Zie De Hullu, 1989:13 en 14.

114 Dit gebeurde middels het Souverein Besluit van 1813, ook wel bekend als het ‘Gesel en Worgbesluit’ (omdat daarin de guillotine als executiemiddel werd vervangen door onder meer ‘schavotplechtigheden’ als ophanging). Zie Hazewinkel Suringa, 1996:53 en Van Boven, 1990:263.

115 Pols stelt: ‘Het was eenvoudig een terugkeer, voor zover reeds provisioneel mogelijk, tot de wetgeving van 1809...’, 1897:369. In Van Boven, 1990:263, noot 138, is vermeld dat cassatie in burgerlijke zaken werd vervangen door appel loco cassatie: vonnissen die door de rechtbanken van eerste aanleg en de vrederechten in hoogste ressort werden gewezen, konden door het hoogste rechtscollege worden vernietigd op grond van formele nietigheid of verkeerde toepassing van de wet, waarbij de casserende instantie zelf opnieuw uitspraak deed. Van vonnissen in correctionele zaken of enkele politie was voortaan geen cassatie meer mogelijk. Alleen van de arresten van de hoven van assisen in criminele zaken bleef de mogelijkheid van cassatie gehandhaafd. In geval van vernietiging werd de zaak verwezen naar een ander hof van assisen.

116 Het in noot 114 genoemde ‘Gesel en Worgbesluit’.

117 Zie Den Hartog Jager, 1994:31.

Hoewel het Hoog Gerechtshof in de hieronder te bespreken Grondwet al snel werd vervangen, bleef het in de praktijk functioneren tot 1838, het moment van de inwerkingtreding van de Nederlandse codificatie.¹¹⁸

De Grondwet van 1814

In de Grondwet van 1814 werd voorzien in een centraal opperste gerechtshof voor het hele Rijk onder de naam Hoge Raad der Vereenigde Nederlanden. Een van de hem opgedragen grondwettelijke taken was het uitoefenen van toezicht over de lagere rechters waarbij de vernietigingsbevoegdheid weer was beperkt tot gevallen waarin sprake was van vormverzuim.¹¹⁹ Het verbod zich in dergelijke zaken in te laten met de beoordeling van de zaken zelf bleef gehandhaafd. De cassatietaak werd echter niet gezien als de belangrijkste; deze Hoge Raad was opnieuw veeleer een volledige derde instantie: eerst en vooral feitenrechter in eerste aanleg en appel. De cassatie werd beschouwd als extra-judicieel en in de praktijk zeker in strafzaken zeer beperkt opgevat.¹²⁰

Belgische invloeden

De vereniging met de Zuidelijke Nederlanden in 1814 bracht belangrijke veranderingen, nu de rechtspleging daar grote gelijkenis vertoonde met de Franse. De daarop volgende periode bleek cruciaal voor de vorm die de cassatie in Nederland zou krijgen. Bestond voordien de sterke neiging terug te grijpen op oud-vaderlandse instellingen en vormen van rechtspraak, de Belgische invloed maakte dat onmogelijk.¹²¹ Dat leidde tot een omslag in het denken, onder meer op het onderwerp van de cassatie.

¹¹⁸ De Hullu, 1989:45.

¹¹⁹ De Hullu, die stelt dat de taakomschrijving in de Grondwet van 1814 in latere grondwetten niet wezenlijk is gewijzigd, vergist zich op dit punt. Hij citeert art. 107 van de Grondwet van 1814, waarin was opgenomen dat de Hoge Raad onder meer toezicht had 'op de nakoming van wetten, betreffende de administratie der Justitie en den vorm van den rechtspleging...' en impliceert derhalve dat in deze tekst de vernietigingsgrond van schending aan de materiële wet besloten lag (zie De Hullu, 1989:45-46). Met 'wetten betreffende de administratie der Justitie' werd echter, zoals hierboven vermeld, uitsluitend de formele, en niet de materiële wetgeving bedoeld.

¹²⁰ Zie Pols, 1897:373-377.

¹²¹ Pols vermeldt dat de Belgen bedenkingen hadden tegen het gehele stelsel van rechtspleging dat in die ontwerpen besloten lag. Dat betrof immers de oude, geheime en schriftelijke procedure, waarin bovendien voor appel in strafzaken, zelfs niet in die waarin 'iemand's leven, vrijheid of eer was betrokken' vrijwel geen plaats was (Pols, 1897:428). Bronkhorst wilde in zijn afscheidsoratie uit 1975 'wel even vermelden' dat de Belgen veel ruimer dachten dan de Noord-Nederlanders, 'die thans de neiging hebben zich zo ongeveer het progressiefste volk van de wereld te wanen, dat precies weet hoe het overal elders zou moeten zijn', aldus zijn gram op de in de jaren '70 hoog geheven vingertjes halend. Bronkhorst, 1975:6.

Grondwettelijke regeling van de cassatie met een typisch Nederlands tintje

De Koning stelde direct na de vereniging een nieuwe Grondwetscommissie in, waarin ook Belgen zitting hadden.¹²² Op hun voorstel werd in de Grondwet van 1815 voor het eerst de grond van vernietiging wegens verkeerde toepassing van de (materiële) wet opgenomen. Dat ging echter niet zonder slag of stoot. Uit de debatten in de Grondwetscommissie bleek dat leden als Van Maanen¹²³ en Elout niets in deze uitbreiding zagen. Elout vreesde dat cassatie op grond van schending van de wet zou ontaarden in een vorm van appel en betwijfelde daarom of cassatie op die grond enige bevordering van de eenheid van de rechtspraak zou opleveren. Van Maanen, die President van het Keizerlijk Gerechtshof was geweest, had inhoudelijke bezwaren: 'Mij althans, en velen met mij hebben de beslissingen van 't Hof van Cassatie nooit bewogen, wanneer ik de zaak anders inzag.'¹²⁴ Maar de Belgen beslechtten het pleit in hun voordeel¹²⁵ en uiteindelijk is de wijziging toch in de

122 Hoewel de vergaderingen door de tegenstellingen tussen Noord en Zuid moeizaam verliepen, waren de verhoudingen binnen de Commissie kennelijk niet slecht. Hiervan getuigt bijvoorbeeld een door Van Boven vermeld citaat van Commissievoorzitter Hogendorp, die als Oranje-gezinde in de periode van de Bataafsche Republiek een belangrijk criticaster was van de toen doorgevoerde hervormingen, maar daar bij de behandeling van de Wet R.O. in 1820 op terugkwam: 'Maar reeds in 1814 heb ik in de eerste [Grondwets] commissie mannen ontmoet, uitstekende niet alleen door verstand en bekwaamheid, maar ook door een deugdzaam gedrag, en die den loop der revolutionaire tijden in 's lands zaken zijn gekomen. Door dezen ben ik bewogen geworden om nieuwe instellingen aan te nemen, die de oude overtreffen. Naderhand zijn in 1815 de zuidelijke leden tot hetzelfde werk geroepen, en van dezen heb ik verder geleerd om ook het Fransche aan te nemen, wanneer het goed is.' (Van Boven, 1990:204-205.) Het Belgische Commissielid Raepsaet uitte zich van zijn kant positief over Hogendorp ('une bonne tête, ayant beaucoup d'ordre et d'aptitude pour les affaires; il était très-propre à présider une assemblée ou tant d'intérêts divergents et opposés devaient être traités, et je dois lui rendre cette justice qu'il s'en est bien acquitté'). Hij is overigens positief over de meeste Nederlandse leden, maar Van Maanen noemt hij 'un véritable tartuffe' (huichelaar). Naar aanleiding van diens wijze van debatteren in de Commissie vermaakten de Belgen zich onderling door het tegenspreken van een ander te beginnen met: 'Je suis parfaitement de votre avis'. Raepsaet vermeldt tenslotte dat het Belgische deel van de Commissie, dat door de Noord-Nederlanders was bijeengezocht, het ook onderling vaak oneens was. Zie Colenbrander, 1909:XXXI-XXXVI, LXXIV en LXXVI).

123 Van Maanen wordt wel beschreven als vooruitstrevend, maar Van Boven (Van Boven, 1990:277-278) meent dat dit correctie behoeft: Van Maanen zag weliswaar wel voordelen in het effectieve en strak geleide Napoleontische bestuur, maar was allerminst gecharmeerd van alle Franse instellingen die waren ontstaan uit het Franse wantrouwen tegen het 'esprit de corps van de rechterlijke macht'. Uit Van Maanen's opstelling in de Grondwetscommissie blijkt in ieder geval met betrekking tot de cassatie van een afwerende houding.

124 Zie het verslag van Van Maanen van de vergadering van de Grondwetscommissie van 1 juni 1815 in Colenbrander, 1908:284-285. Deze stukken zijn digitaal ontsloten op de website van het Instituut voor Nederlandse Geschiedenis, www.inghist.nl.

125 De kwestie werd teruggewezen naar de subcommissie van Justitie, waar kennelijk uitvoerig is gedelibereerd, maar waarvan geen verslag bestaat. Op 15 en 16 juni 1815 werd het rapport van de subcommissie in de Grondwetscommissie behandeld, waarbij echter het onderwerp van de gronden van cassatie niet meer ter sprake kwam. Wel besprak men of in de Grondwet een maximum aantal 'trappen van jurisdictie' opgenomen moest worden en of uitspraken in civiele zaken moesten worden gemotiveerd. Met name Van Maanen betoonde zich van dat laatste een fel tegenstander. Zie de door Van Maanen opgestelde verslagen van deze vergaderingen bij Colenbrander, 1908:403-404 en 406-411. In art. 173 werd overigens in de Grondwet 1815 een algemene motiveringsplicht in civiele zaken opgenomen.

Grondwet opgenomen.¹²⁶ Het verbod zich met de beoordeling van de zaken zelf in te laten werd echter geschrapt. De reden hiervoor was zeer waarschijnlijk de vrees voor terugkeer naar het vroegere particularisme.¹²⁷ Dit kan worden afgeleid uit de woorden van Van Maanen, in die dagen minister van justitie, bij de behandeling van de Wet RO van 1827 in de Tweede Kamer. Hij verklaarde uitdrukkelijk dat niet gevreesd hoefde te worden voor een herleving van het ‘provincialismus’ van de republiek, omdat de Hoge Raad niet alleen de arresten van de provinciale hoven zou kunnen casseren, maar ook ten principale recht zou kunnen doen.¹²⁸ Aldus was de van oorsprong Franse cassatie met een typisch Nederlands tintje grondwettelijk geregeld.

Totstandkoming van de Wet op de Rechterlijke Organisatie

Dezelfde wijzigingen werden doorgevoerd in het destijds ook al opgestelde wetsontwerp voor de wet op de rechterlijke organisatie.¹²⁹ De cassatie was daarin opengesteld voor de belanghebbende partijen en (in het belang der wet) voor de advocaat-fiscaal prokureur-generaal, ex officio of op aanwijzing van het Departement van Justitie.¹³⁰

In het ontwerp werd bovendien geregeld dat de Hoge Raad in geval van vernietiging wegens verkeerde toepassing van de wet de zaak zelf zou kunnen afdoen, wanneer daarvoor geen nieuw onderzoek naar de feiten nodig zou zijn. Als vernietiging zou plaatsvinden wegens vormverzuim, diende de zaak te worden verwezen naar een hogere feitenrechter dan die welke de vernietigde uitspraak gewezen had dan wel, als het een arrest van een gerechtshof betrof, naar een aangrenzend hof.

Grote invloed op de wordingsgeschiedenis van deze regeling wordt toegeschreven aan Jonas Daniel Meijer,¹³¹ die dit stelsel van cassatie in 1815¹³²

126 Art. 180 Gw 1815 luidde: ‘De Hooge Raad heeft het toezigt op den geregelden loop en de afdoening van regtsgedingen, mitsgaders (d.w.z. ‘bovendien’ – AR) op de nakoming der wetten bij alle hoven en regtbanken, en kan derzelver handelingen, dispositiën en vonnissen, daarmede strijdig, vernietigen en buiten effect stellen, volgens de bepaling door de wet daaromtrent te maken.’ In de Grondwet van 1848 werd deze bepaling in modernere bewoordingen overgenomen als art. 162. Deze luidde: ‘De Hooge Raad heeft het toezigt op den geregelden loop en de afdoening van regtsgedingen, alsmede op het nakomen der wetten bij alle regterlijke collegiën. Hij kan hunne handelingen, beschikkingen en vonnissen, wanneer die met de wetten strijdig zijn, vernietigen en buiten werking stellen, volgens de bepaling door de wet daaromtrent te maken.’

127 In de mij ter beschikking staande stukken inzake de geschiedenis van deze Grondwet heb ik hiervoor geen redenen kunnen vinden. Aannemelijk is echter dat die dezelfde zijn geweest als die welke ten grondslag lagen aan het ontwerp voor de wet op de rechterlijke organisatie, nu het debat daarover in deze periode ook al gaande was. Pols stelt dat de wens de Hoge Raad toch tot een appellinstantie te maken hierbij een rol speelde (Pols, 1897:378).

128 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:158, verwijzend naar Van den Honert, 1839:138-139.

129 Daartoe werd een nieuwe wetgevingscommissie ingesteld, die echter merkwaardigerwijs geheel uit Noord-Nederlanders bestond. Zie Pols, 1897:429.

130 Den Hartog Jager, 1994:50. In latere ontwerpen zou dat niet meer veranderen, afgezien van het feit dat de bevoegdheid tot het instellen van de cassatie in het belang der wet later werd toebedeeld aan de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad (Den Hartog Jager, 1994:53).

131 Jonas Daniel Meijer werd geboren in 1780. Hij werd op zijn 16^e (!) een van de jongste advocaten ooit. Bovendien was hij de eerste joodse advocaat die toegang kreeg tot dit beroep. Zijn joodse

bepleitte. Hij wilde de nieuwe beginselen die in het Franse recht werden gehuldigd behouden, maar tegelijkertijd daaraan een eigen, Nederlands karakter verlenen door aansluiting te zoeken bij de voormalige Hollandse procedure – aldus de behoudende krachten voor zijn ideeën winnend. Uitgaande van de nieuwe regeling in de Grondwet verklaarde hij zich voor rechtspraak ten principale door de Hoge Raad als nader onderzoek naar de feiten onnodig was. Hij wilde met name voorkomen dat zaken meermalen bij de cassatierechter konden terugkomen, zoals dat in het Franse renvooiensstelsel het geval was. Hij vond dat overbodig: als de lagere rechter de feiten al had vastgesteld en de uitspraak van de Hoge Raad over de rechtsvraag de lagere rechter zou binden, kon die rechter toch niets anders doen dan de beslissing van de Hoge Raad toepassen. Nu dankzij de inmiddels eveneens in de Grondwet opgenomen motiveringsplicht¹³³ uit uitspraken van de feitenrechter zou gaan blijken ‘wat als waarheid erkend was en welke rechtsgevolgen daaruit getrokken waren’ kon de Hoge Raad ook zelf verkeerde rechtsbeslissingen verbeteren en op de feiten toepassen. Zo zou de cassatie worden vervangen door revisie zoals die voorheen ook had bestaan, met dien verstande dat deze vorm van revisie door de Hoge Raad zelf zou worden verricht en alleen over de rechtsvraag mocht gaan. Nu de Hoge Raad in sommige zaken toch al als feitenrechter optrad en daarin dus anders was dan het Franse Hof van Cassatie, kon deze rechtsmacht wel met zijn taak in overeenstemming gebracht worden. Aldus zouden oneindig voortlopende cassatiën worden voorkomen, terwijl toch over de eenheid en gelijke toepassing van het recht gewaakt werd.¹³⁴

Hoewel Meijer zelf geen deel van de wetgevingscommissie uitmaakte, hebben zijn ideeën daarop kennelijk grote invloed gehad.

Het gewijzigde ontwerp voor de wet op de rechterlijke organisatie werd in 1819 ingediend bij de Staten-Generaal, maar afgewezen. Dat lag echter niet aan de voorstellen over de cassatie, die brede instemming vonden. De wetgever verklaarde dit onderdeel van het ontwerp in ongeveer gelijke bewoordingen als die waarin Meijer zijn voorstel had gemotiveerd.¹³⁵ Daarbij werd overigens de nadruk gelegd op de bezwaren die het terug- of verwijzen voor partijen kon hebben, zoals extra

afkomst en mogelijk ook zijn pro-Franse gezindheid waren redenen waarom Meijer bij de totstandkoming van de wetgeving niet de rol heeft kunnen spelen die hem anders waarschijnlijk wel zou zijn toegekomen. Zie o.a. Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:23-24 en Pols, 1897:444.

132 In een zowel door Veegens als door Pols aangehaalde brief aan de Leidse hoogleraar Tydeman. Zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:23 en Pols, 1897:446.

133 Hier blijkt overigens dat Meijer niet primair aan het strafrecht dacht: daarvoor gold de motiveringsplicht van art. 173 Gw toen (nog) niet. Anderzijds vermeldt Pols, dat uit later werk blijkt dat Meijer hetzelfde systeem ook in strafzaken wenselijk acht (Pols, 1897:448).

134 Verkorte weergave van de door Pols uitvoeriger weergegeven passage in bedoelde brief (a.w. p. 447). Met ‘revisie’ zal Meijer waarschijnlijk bedoeld hebben op de *annullatio illico*, al werd met revisie ook wel bedoeld op hoger beroep tegen vonnissen in eerste aanleg gewezen door de Departementale gerechtshoven. Zie voor dat laatste Pols, 1897:358, noot 2. Zie ook noot 97.

135 Deze deed dat middels antwoorden op vragen en commentaar vanuit de afdelingen van de Staten-Generaal, nu het toen nog niet gebruikelijk was bij een wetsvoorstel een memorie van toelichting te verschaffen.

kosten.¹³⁶ In latere versies van het ontwerp bleef de constructie, waarin de Hoge Raad in geval van verkeerde toepassing van het recht de zaak ten principale kon afdoen, gehandhaafd.

In 1827 werd een nieuw ontwerp voor de Wet op de rechterlijke organisatie ingediend en aangenomen.¹³⁷ In de toelichting op artikel 11 werd de taak van de Hoge Raad omschreven als ‘de eenvormige regeling der jurisprudentie’. In artikel 105 van de wet werd die taak verder uitgewerkt. De tekst van die bepaling luidde: ‘De Hoge Raad zal, indien het arrest of vonnis vernietigd wordt, ter zake van verkeerde toepassing of schending der wet, of van overschrijding van magt, zonder in een nieuw onderzoek naar het al of niet bestaan van de daadzaken in het beklagde arrest of vonnis vermeld te kunnen treden, ten principale regt doen; zullende ’s Hofs uitspraak in geen geval voor eenige nader regterlijke voorziening vatbaar zijn.’¹³⁸

Ook na de afscheiding van België in 1830 (waardoor de inwerkingtreding van de wet met jaren werd uitgesteld) kwam in taak en rol van de Hoge Raad in cassatie geen verandering meer. Deze wet trad uiteindelijk in werking op 1 oktober 1838, waarmee ook de Hoge Raad werd ingesteld.

Totstandkoming van de cassatieregeling in het strafprocesrecht

De totstandkoming van het nieuwe strafprocesrecht verliep moeizamer dan die van de rechterlijke organisatie. In 1813 was een ontwerp van een wetboek voor de ‘manier van procederen in crimineele zaken’ opgesteld, waarin de cassatie niet voorkwam.¹³⁹ De Belgen vonden dit volstrekt onacceptabel. Hun bezwaren waren onder meer dat door het ontbreken van de mogelijkheid van cassatie, in het bijzonder wegens schending van de wet, mensen onherroepelijk veroordeeld zouden kunnen worden tot straffen die de wet niet kende en dat de wetstoepassing niet eenvormig zou zijn.¹⁴⁰ Naar aanleiding van die kritiek werd in het nieuwe ontwerp van 1819 een titel ‘Van Cassatie’ opgenomen, die echter weer zeer beperkend was.¹⁴¹ De cassatiegronden in deze regeling luiden – in modern Nederlands – a) dat het bewezenverklaarde niet als strafbaar feit kon worden gekwalificeerd; b) dat een straf was opgelegd waarin de wet niet voorzag of c) dat een met nietigheid bedreigd

¹³⁶ Zie Pols, 1897:441-442.

¹³⁷ Onder de naam ‘Wet op de zamenstelling der Regterlijke magt en het beleid der Justitie van het Koninkrijk der Nederlanden’.

¹³⁸ De Bosch Kemper, 1840:337.

¹³⁹ De oude geheime en schriftelijke procedure was erin hersteld en hoger beroep in strafzaken was vrijwel volledig uitgesloten. Hetzelfde gold voor de cassatie. De Belgen bepleitten onder meer beroep in cassatie mogelijk te maken voor de zwaarste veroordelingen.

¹⁴⁰ Voorduin, 1840:505.

¹⁴¹ Pols heeft de tekst van deze titel XIII letterlijk in het tweede deel van zijn artikel opgenomen (Pols, 1897:434-435). Het betreft een zeer eenvoudige, niet openbare en geheel schriftelijke procedure waarin bovendien geen rol was weggelegd voor een verdediger. Pols vermeldt (Pols, 1897:448-449) in noot 4 dat twee van de artikelen daarin waarschijnlijk aan een voorstel van Meijer omtrent het toelaten van cassatie in strafzaken zijn ontleend.

vormverzuim was begaan.¹⁴² Dit ontwerp was voor de Belgen opnieuw dermate onacceptabel, dat het niet eens bij de Staten-Generaal werd ingediend.

Pas in 1827 werd weer een nieuw ontwerp opgesteld. Nu had men in grote lijnen de Franse Code d'Instruction overgeschreven, daarbij her en der wijzigingen, verbeteringen en aanpassingen aan het Nederlandse stelsel aanbrengend.¹⁴³ De gronden van cassatie waren letterlijk overgenomen, waardoor vernietiging mogelijk was wegens vormverzuim, onbevoegdheid en veroordeling tot een andere straf dan die bij de wet bepaalde.¹⁴⁴ Deze regeling was op dat punt niet minder beperkend dan die van het ontwerp van 1819 en daardoor nog steeds in strijd met hetgeen in de Grondwet en de Wet op de Rechterlijke Organisatie was bepaald.¹⁴⁵ Wel werd na een wijziging het rechtsmiddel opengesteld voor alle strafzaken.¹⁴⁶ Verder is vermeldenswaard dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever van oordeel was dat de rechter uitspraken wegens strijd met de wet kon vernietigen wanneer sprake was van een vormverzuim dat 'het wezen der zaak' raakte, ook wanneer het betreffende verzuim in de wet niet met nietigheid was bedreigd.¹⁴⁷

142 Art. 222 van het Ontwerp, een van de artikelen die aan Meijer zouden zijn ontleend. Voor de officier van justitie golden dezelfde gronden, met dien verstande dat hij in beroep kon wanneer was vrijgesproken omdat ten onrechte was geoordeeld dat het bewezenverklaarde feit niet strafbaar was. Hier zijn herkenbaar de cassatiegronden van het Cour de Cassation ten tijde van de inlijving zoals hierboven weergegeven.

143 Met betrekking tot de cassatie beperkte men in eerste instantie de cassatie tot uitspraken van de hoven van assisen in eerste aanleg gewezen (de revisie waarop kennelijk Meijer al doelde, zie noot 133) terwijl nota bene het hoger beroep in strafzaken op dat moment geheel was uitgesloten. Deze beperking is echter in de loop van de procedure van totstandkoming weer opgeheven.

144 Pols, 1898:78.

145 Bij Pols (1898:79) en Voorduin (1840:509-512) worden bezwaren hiertegen vermeld van een van de leden van de Staten-Generaal, De Jonge van Campensnieuwland. Deze maakte in een uitvoerige nota onder meer bezwaar tegen het niet opnemen van schending of verkeerde toepassing van de wet als vernietigingsgrond. Dit leidde echter niet tot het alsnog opnemen van die grond in het ontwerp. Voorduin vermeldt overigens ook dat de regering betwistte dat vernietiging wegens verkeerde toepassing of schending van de wet op grond van deze regeling niet mogelijk zou zijn. Zij verwees daarvoor naar een aantekening op art. 3 van het ontwerp. Zie Voorduin, 1840:522-523.

146 Zie Pols, 1898:78 en Voorduin, 1840:522, verwijzend naar de MvT 1829.

147 Voorduin, 1840:517. Zie hierover De Bosch Kemper, 1840:358-359, die op zichzelf terecht stelt dat de regering voorstellen om het verzuim van substantiële vormen als grond voor cassatie in de wet op te nemen verwierp: 'Dat zoodanige bepaling weinig zoude baten, omdat dan steeds de vraag zoude overblijven, welke de akten of vormen waren, die de regter als substantiële zoude moeten beschouwen, doch dat aan den regter moest worden overgelaten, te oordeelen, of zoodanige verkeerdheid of afwijking al of niet eene schending der Wet was.' De Bosch Kemper verbindt daaraan m.i. ten onrechte de conclusie dat cassatie wegens het verzuim van substantiële vormen niet toegelaten was. Stamhuis volgt hem hierin (De Bosch Kemper, 1840:426). Via de band van de schending van de wet achtte de regering dat echter wel degelijk mogelijk, maar zij zag er weinig heil in dit uitdrukkelijk in de wet op te nemen, omdat een dergelijke bepaling geen duidelijkheid zou scheppen: het zou immers toch aan de rechter zijn te bepalen wat hij substantieel of wezenlijk vond. In de passage die direct aan de hierboven aangehaalde vooraf ging, stelde de regering immers: 'Dat, wanneer de wetgever op het verzuim van deze of gene formaliteiten de straf van nietigheid bedreigt, daardoor in geen deele de nietigheid wordt uitgesloten van onbehoorlijk ingerigte akten die het wezen der zaak raken, waaromtrent zooveelsoortige verkeerdheden en afwijkingen kunnen plaats hebben, dat het den wetgever onmogelijk is die alle a priori te voorzien of uit te denken, waarom dan ook aan den regter moet worden overgelaten, te

Over dit ontwerp vond ook maatschappelijk debat plaats. Kritiek werd geleverd door een aantal Amsterdamse advocaten in een daartoe in 1829 uitgegeven boekje getiteld ‘Aanmerkingen op het ontwerp van het Wetboek van Strafvordering’.¹⁴⁸ Daarin betreuren zij dat de Hoge Raad in een aantal gevallen zelf uitspraak kan doen.

‘De Hooge Raad is eigenlijk ingesteld, om door cassatie de eenvormigheid in de regtspleging te handhaven. Hij moet dus nooit in het beoordelen der feiten hebben te treden. Naar ons gevoelen had altijd, evenals in het Fransche regt, de zaak na de cassatie moeten worden beslist door een ander, *ratione materiae*, bevoegd Regter.’¹⁴⁹

Ook vonden zij dat de wetsverklaring door de Koning en de wetgevende Kamers gegeven zou moeten worden.¹⁵⁰ Van Rappard was dezelfde mening toegedaan.¹⁵¹

Het ontwerp werd desondanks tot wet verheven in 1830. De invoering daarvan werd echter doorkruist door de afscheiding van België, die voor de Koning aanleiding was diverse wetboeken, waaronder dat van strafvordering, nog eens te laten herzien.¹⁵² Dat leidde tot het Wetboek van 1836, waarin eindelijk de cassatie wegens verkeerde toepassing of schending der wet en overschrijding van de rechtsmacht expliciet waren opgenomen.¹⁵³ Dit Wetboek van Strafvordering werd ingevoerd in 1838.¹⁵⁴

oordeelen of zoodanige verkeerdheid of afwijking al of niet eene schending der wet zij.’ (Zie Voorduin, 1840:517). Met ‘schending der wet’ zal de formele wet zijn bedoeld. Zie ook Blok en Besier, 1925:417, waar blijkt dat de Hoge Raad deze interpretatie kennelijk heeft gevolgd.

148 Uijtwerff Sterling, Van Hall, Den Tex en Van Hall, 1829. Naar ik aanneem zal F.A. van Hall Floris Adriaan van Hall zijn geweest, die later diverse ministersposten en de positie van minister-president zou bekleden.

149 Uijtwerff Sterling et al., 1829:399.

150 Uijtwerff Sterling et al., 1829:404.

151 Zie Pols, 1898:80. Uit noot 1 op p. 426 blijkt dat hij verwijst naar W.L.F.G. van Rappard, het Ontwerp van een Wetboek van Strafvordering op zich zelf en in vergelijking met de Fransche wetgeving beschouwd. Van Rappard was een gematigd conservatief staatsman, die later Eerste Kamerlid en Minister van Financiën zou worden.

152 H.M.A.J. van Asch van Wijck schrijft in zijn voorwoord bij Voorduin hierover het volgende ‘Toen de afgevaardigden uit de Zuidelijke Provinciën van het Rijk na 1830 waren verdwenen, waren al dadelijk de zorgen van de Koning aan herziening van de al aangenomen wetgeving gewijd. Daaraan werden meer kenmerken van “echte nationaliteit” gegeven, meer in den geest van Oud-Nederland.’

153 Pols stelt hierover dat opmerkelijk is hoezeer inmiddels de geest in Noord-Nederland was veranderd ten opzichte van de “mildere en meer moderne” beginselen van het Franse recht. Uit eigen beweging werden nu door de regering wijzigingen voorgesteld, die men als concessies aan de Belgen steeds had geweigerd (Pols, 1898:82).

154 Pols wijst aan het slot van zijn artikel nog op het feit dat al tijdens de totstandkoming van de nieuwe wetgeving in toenemende mate werd gekeken naar het Franse recht als bron van wetenschap over de cassatie. Hij schrijft dit toe aan het feit dat ten eerste een generatie opgroeide die niet meer wars was van alles wat Frans was en die bovendien dankzij het feit dat het Franse recht in afwachting van nieuwe wetgeving lang was blijven gelden, met dat recht was opgegroeid. Daardoor was ook de kennis van het oud-vaderlands recht verwaterd en ging men voor van alles te rade bij Franse schrijvers en jurisprudentie. Dat gold zeker waar het ging om de cassatie, welk instituut voor Nederland in wezen nieuw was. Dat leidde er niet alleen toe dat na 1838 de cassatie

Vershil tussen het Nederlandse en het Franse cassatiestelsel

Aldus was voor het Nederlandse strafrecht voor het eerst een ‘modern’ cassatiestelsel tot stand gebracht dat echter uit een oogpunt van rechtspraak op een fundamenteel punt afweek van het oorspronkelijke Franse systeem: de Nederlandse cassatierechter was een hoogste appelrechter, die ook uitspraken ten principale mocht doen. De wetgever stelde uitdrukkelijk: ‘de Hoge Raad oordeelt, overeenkomstig zijne instelling, inderdaad als hogere regter over de aan zijne beslissing onderworpen regtsgedingen’.¹⁵⁵ Zelfs ging de wetgever er toen vanuit dat bij de Hoge Raad een contradictoir debat kon worden gehouden en dat de raadsman verzachtende omstandigheden kon aanvoeren wanneer de Hoge Raad ten principale uitspraak zou doen en dus een beslissing zou moeten nemen over de straf.¹⁵⁶ De Bosch Kemper vermeldt dan ook dat het verbod aan de Hoge Raad om in een onderzoek naar daadzaken te treden alleen betrekking had op het hoofdfeit en de wettelijke omstandigheden die aanleiding tot verzwaring of verlichting van straf geven, ‘maar geenszins op die omstandigheden, welke aanleiding geven om tusschen het minimum en maximum der bij de Wet bepaalde straffen te kiezen, of daadzaken als verschoonende omstandigheden te beschouwen, die als zoodanig door den gewonen regter niet zijn aangenomen’.¹⁵⁷

1.2.7 *Beschouwing ten aanzien van het al dan niet rechtsbeschermend karakter van de taak van de cassatierechter in Nederland ten tijde van de totstandkoming van het instituut cassatie*

Het primaire doel van de invoering van de cassatie in Nederland was het scheppen van eenheid in de toepassing van de wet en eenheid in de jurisprudentie. Daarbij speelden zowel de wens om tot een juiste toepassing van de wet te komen, als de vrees voor terugkeer naar het vroegere particularisme een rol. Dat bleek al uit de geschriften van Meijer, die de rechtseenheid als voornaamste taak van de Hoge Raad zag teneinde ‘bijzondere inkruipels en gewoonten in regtsgebied’ te voorkomen,¹⁵⁸ maar daarnaast hechtte aan de bewaking van de juiste toepassing van de wet.¹⁵⁹ Hij noemt dan ook niet alleen de rechtseenheid, maar ook de rechtszekerheid als belang van de cassatie.¹⁶⁰ De wetgever van 1838 heeft de eenvormige regeling der

door velen als van zuiver Franse oorsprong werd beschouwd, maar ook dat de Hoge Raad zich in de praktijk naar het Franse voorbeeld ging richten.

155 Aldus het regeringstandpunt bij gelegenheid van een debat over de herziening van het burgerlijk procesrecht. Zie Pols, 1898:83.

156 Pols, 1898:89.

157 De Bosch Kemper, 1840:343.

158 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:158, in noot 2 verwijzend naar Meijer, ‘Over de noodzakelijkheid van een provisionelen Hoogen Raad in het Koninkrijk der Nederlanden’, 1817:80 en 82, alsmede naar de Briefwisseling van eenige regtsgeleerden over de aanstaande Nederlandsche wetgeving, (Meijer, 1817:14, 448, 450 en 451).

159 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:158, in noot 3 verwijzend naar Meijer, ‘Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l’Europe’, 1823:167 en 178.

160 Zie ook Den Hartog Jager, 1994:37-38, waar hij stelt dat 25 jaar na de Franse Revolutie de ‘égalité’ niet meer uit het rechtsdenken weg te denken was.

jurisprudentie als taak van de Hoge Raad vastgelegd in het toenmalige artikel 105 Wet RO.¹⁶¹ De rechtseenheid als doel van de cassatie komt her en der ook in de wetsgeschiedenis wel naar voren. Zo vermeldde een van de leden van de Staten-Generaal, De Jonge, in een uitvoerige nota onder meer zijn opvatting over het doel van de cassatie in strafzaken:

‘De cassatie is (...) uit haren aard (...) eigenlijk meer eene instelling in het algemeen belang, om de rigtige handhaving der wetten te verzekeren, en baat (...) slechts den veroordeelde, en levert hem een tweede onderzoek zijner zaak op, wanneer de wetten niet juist toegepast of de vormen veronachtzaamd mogten zijn.’¹⁶²

Voorts werd in het debat over de cassatie in het belang der wet door een van de afdelingen van de Staten-Generaal genoemd dat bevordering van de eenheid daarvan het doel was.¹⁶³

Jeronimo De Bosch Kemper,¹⁶⁴ die in de periode tussen 1838 en 1840 het eerste standaardwerk over het Wetboek van Strafvordering schreef, benadrukte dat bij het beroep in cassatie de ‘eenparigheid en vastheid der regtsbedeeling’ de leidende beginselen zijn en dat ‘Geene overwegingen van algemeen belang, maar slechts de overweging van den geest en de letter der Wet’ de cassatie moeten regelen. Of het om een doodvonnis of om een kleine boete ging maakte niet uit: ‘alleen de Wet en het belang van hare juiste toepassing voor allen, in alle zaken, behoort het rigtsnoer te zijn.’ Wel meende hij dat de Hoge Raad karig moest zijn in het vernietigen, teneinde te voorkomen dat in de ogen van het publiek de lagere rechter werd ‘vernederd’, of dat de Hoge Raad zelf zijn ‘zedelijken invloed’ zou verliezen.¹⁶⁵

Bij de installatie van de Hoge Raad in 1838 schetste de Procureur-Generaal De Bordes de taak van de Hoge Raad als volgt:

161 Zoals hiervoor al opgemerkt werd stelde de regering ter toelichting op art. 11 van de Wet R.O., dat de taak van de Hoge Raad was de eenvormige regeling van de jurisprudentie. Melai wijst op p. 61 en 62 in zijn dissertatie op het feit dat de wetgever in 1963 alsnog duidelijk heeft gemaakt welke principes aan het gekozen stelsel ten grondslag lagen. In de betreffende memorie van antwoord is opgenomen dat “het instituut van cassatie ten principale fungeert ten bate van de eenheid in de toepassing van de wet”. Ook Meijers had dit doel al verwoord.

162 Voorduin, 1840:513.

163 Zie Voorduin, 1840:528. Zie ook Den Hartog Jager, 1994:37.

164 Jeronimo de Bosch Kemper geldt als pionier van de sociale wetenschappen en volksofvoeder maar begon zijn loopbaan in 1830 als advocaat. Dat duurde echter zeer kort, omdat hij zich in hetzelfde jaar nog aanmeldde als vrijwilliger om de Belgische opstand neer te slaan. Daarna begon hij een carrière bij het Openbaar Ministerie. In die periode schreef hij genoemd commentaar. Later werd hij hoogleraar te Leiden en hield hij zich bezig met maatschappelijke vraagstukken. Hij had politieke belangstelling en bekleedde meerdere openbare functies. Bij zijn overlijden beschreef Busken Huet zijn betekenis als volgt: ‘Men kan niet van hem zeggen dat hij een genie, evenmin dat hij een groot man is geweest; maar wel, dat terwijl hij tot de rijkstbewerktuigden onder zijne land- en tijdgenooten behoorde, hij tevens voor een ieder genaakbaar was: zeldzame vereeniging van uitgebreide boekenkennis en van een zich nooit verloochenende humaniteit’. Bron: G. Harmsen, in: BWSA (Biografisch Woordenboek van het Socialisme en de Arbeidersbeweging in Nederland) 8, p. 96-100, tevens gepubliceerd op de website van het Internationaal Instituut voor Sociale Geschiedenis (UvA) www.iisg.nl/bwa/bios/kemper.html.

165 De Bosch Kemper, 1840:319.

‘De Wet zuiver van afwijkingen te bewaren en eenvormig te doen toepassen. Hoe ligt kunnen afdwalingen insluipen en eene eenparige toepassing des regts verloren gaan bij zovele Hoven en Regtbanken bij welke verscheidenheid van begrippen zal plaats hebben, en de gehechtheid aan vroegere plaatselijke of gewestelijke gewoonten zich meermalen in de uitlegging der wetten zal doen gevoelen. Daarvoor te waken is onze pligt!’¹⁶⁶

De hiervoor al genoemde Amsterdamse advocaten tenslotte zullen hiermee hebben ingestemd, getuige de volgende passage in hun werk: ‘Maar de cassatie behoort beschouwd te worden veel meer als eene staatkundige instelling tot handhaving van eene goede en zekere wetgeving, dan als middel tot herstel van het onregt, hetwelk bijzondere personen kunnen lijden. Cassatie dient voorzeker in de gevolgen mede tot dit laatstgenoemde einde; doch het eerste is het eigenlijke hoofddoel van hare instelling.’¹⁶⁷

Werd dus ons stelsel van cassatie anders dan het Franse, het doel was dat niet. Voorop stonden de rechtseenheid en de rechtszekerheid. De Hullu wijst echter terecht met enige nadruk op het feit dat het cassatiemiddel toch ook op particuliere belangen is gegrond, stellend dat anders wel was volstaan met het rechtsmiddel cassatie in het belang der wet. Hij citeert Buys die daarover stelde:

‘Zeker is de cassatie vóór alles een middel van openbare orde, maar zij zou al zeer slecht aan haar doel beantwoorden en de eischen van de openbare orde zeer onvolkomen bevredigen, wanneer men partijen belette het bewijs te leveren, dat ten haren aanzien bij eenig vonnis aan het recht is tekort gedaan. Immers dat dit niet kunne geschieden is juist de eisch van de openbare orde; de eisch ook, welke tot het schrijven van ons grondwetsartikel aanleiding gaf.’¹⁶⁸

Dezelfde mening was destijds Hymans toegedaan, die stelde:

‘Ten onrechte wordt alleen bezien of de wet geschonden is, niet of partijen daardoor zijn benadeeld. Deze redeneering steunt op de valse uit het Franse recht overgenomen thesis dat het middel van cassatie van openbare orde is ingevoerd meer in het belang van de maatschappij en de wet dan in het belang van partijen. Jure constituo mag dat waar zijn, jure constituendo is deze stelling af te keuren. We leven in een andere maatschappij en hebben leren inzien dat het staatsbelang en het belang der burgers geen twee heterogene zijn. Het eerst doel vindt zijn beste waarborgen in de behartiging van het tweede doel.’¹⁶⁹

166 Zie Vrijland, 1988:48. Hij merkt daar tevens op de De Bordes meer dan de president in zijn redevoering blijk gaf van bezieling bij het opvatten van zijn nieuwe taak. Vrijland maakt voorts melding van het feit dat op drie na alle leden van de Hoge Raad (inclusief de procureur-generaal, de advocaten-generaal, de griffier en de substituut-griffiers) deel hadden uitgemaakt van het Hoog Gerechtshof. De president en de procureur-generaal hadden zelfs nog onder het Napoleonisch regime gediend.

167 Uijtwerff Sterling et al., 1829:405.

168 De Hullu, 1989:47, verwijzend naar Buys, 1887:465.

169 Hij verbond daaraan de conclusie dat rechterlijke uitspraken niet om futiliteiten vernietigd dienden te worden – een gedachte die inmiddels gemeengoed is. Zie Hymans, 1882:65-67.

Ook Schaffmeister wijst op een rechtsbeschermend element in de cassatiegronden. Uit het feit dat de ontwerpers van de wetboeken van 1838 de cassatie als een soort hoger beroep hadden opgevat, leidt hij af dat het doel van de cassatie moet worden gezien in de bescherming van concrete berechte personen tegen in de voorafgaande procedure geleden onrecht. Dit concept past zijns inziens in beginsel bij beide cassatiegronden.¹⁷⁰ De hiervoor besproken geschiedenis rechtvaardigt deze conclusie echter niet voorzover daarin besloten ligt dat de rechtsbescherming het primaire doel van de cassatie zou zijn. Wel is juist dat de positie van de Hoge Raad als hoogste rechter, die de zaak ook zelf kan afdoen, meebrengt dat partijen aan het beroep in cassatie rechtsbescherming kunnen ontleen. Het specifieke van de Nederlandse cassatie ten opzichte van de Franse ligt in precies dat karakter van de derde instantie. In ons cassatiestelsel zoals het in 1838 werd ingevoerd liggen derhalve mede rechtsbeschermende aspecten besloten, maar deze kwamen op het tweede plan.

1.3 De cassatie in Nederland in de periode 1838-1963

1.3.1 *Discussie over handhaving of afschaffing van de cassatie*

Twijfels over de scheiding tussen recht en feit in de civiele cassatie

Al snel na de invoering van de cassatie ontstond hevig debat of het instituut niet weer moest worden afgeschaft. Dat was in eerste instantie het gevolg van organisatorische problemen tengevolge van het systeem met maar liefst elf hoven,¹⁷¹ maar inhoudelijke twijfels over het nut van het cassatiestelsel in civiele zaken voerden al snel de boventoon.¹⁷² Die twijfels betroffen niet de taak van de Hoge Raad als hoeder van de rechtseenheid, maar de scheiding tussen recht en feit die als kunstmatig en in de praktijk moeilijk te realiseren werd ervaren.¹⁷³

De NJV bepleitte in haar allereerste vergadering in 1870 de rechtspraak in cassatie daarom af te schaffen en het hoger beroep in alle zaken aan de Hoge Raad op te dragen. Dat gebeurde echter niet.

Vijf jaar later werd het aantal hoven teruggebracht tot vijf¹⁷⁴ en in 1884 werd de rechtsmacht van de hoven beperkt tot de rechtspraak in hoger beroep.¹⁷⁵ Daarmee was de Hoge Raad in zijn taak bevestigd. Desalniettemin stemde ook de NJV-vergadering van 1909 nog voor afschaffing van de cassatie. Pas toen de Staatscommissie Gratama in 1920 in een voorstel voor een nieuw wetboek van burgerlijke rechtsvordering de praktische consequenties van eventuele afschaffing in kaart bracht, was de juristengemeenschap van de onwenselijkheid daarvan

¹⁷⁰ Schaffmeister, 1988:67.

¹⁷¹ Zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:31, die erop wijst dat hierdoor een dure en inefficiënte organisatie bestond, waarvoor bovendien eigenlijk onvoldoende werk was. Zie hierover ook Den Hartog Jager, 1994:57.

¹⁷² Ook nadat in 1861 een nieuwe wet was aangenomen die het aantal hoven terugbracht naar vijf, ging die discussie door. De wet werd niet ingevoerd.

¹⁷³ Bins, 1980:265. Zie ook het preadvies van Van Bemmelen, 1938:33-34.

¹⁷⁴ In een aparte Hovenwet van 1875.

¹⁷⁵ Middels een wijziging in de Wet op de Rechterlijke Organisatie.

overtuigd.¹⁷⁶ Daaraan schijnt ook te hebben bijgedragen dat de Hoge Raad zijn taak kennelijk ruimer was gaan opvatten, blijkend uit het feit dat vaker dan voorheen gecasseerd werd.¹⁷⁷ Nog tweemaal daarna is de gedachte de cassatie te vervangen door beroep op een centraal hof aan de NJV voorgelegd, maar beide keren is het met grote meerderheid verworpen.¹⁷⁸

Tevredenheid over de strafrechtelijke cassatie

Hoewel deze commotie wellicht tot afschaffing van de gehele cassatie had kunnen leiden,¹⁷⁹ bestond over de strafrechtelijke cassatie in het algemeen tevredenheid. Dit bleek bijvoorbeeld in 1857, toen de regering voorstelde de ‘gewone’ cassatie in strafzaken af te schaffen en te vervangen door cassatie ‘in het belang van den Staat’.¹⁸⁰ Dit voorstel strandde in de Tweede Kamer, die vond dat het cassatiestelsel in strafzaken uitstekend functioneerde.¹⁸¹ De scheiding tussen feit en recht werd in het strafrecht zelden als probleem gezien,¹⁸² omdat het beslissingsmodel in strafzaken de beslissingen over feitelijke – en rechtsvragen zo duidelijk uit elkaar trok.¹⁸³ Tijdens de vergadering van de NJV in 1870 zei een der leden:

176 De commissie stelde dat, uitgaande van de wenselijkheid van rechtspraak in twee instanties, gekozen zou moeten worden tussen drie oplossingen:

- a. de Hoge Raad maken tot een derde volledige instantie voor alle appellabele en tot een tweede voor alle niet-appellabele zaken;
- b. de Hoge Raad maken tot enige tweede volledige instantie of
- c. de tegenwoordige appelinstanties behouden met afschaffing van de Hoge Raad.

Duidelijk was dat oplossingen a en b tot overbelasting van de Hoge Raad zouden leiden, wat door opsplitsing in kamers en/of specialisatie tot vermindering van de rechtseenheid zou leiden en dat oplossing c een einde aan de eenvormigheid in de rechtspraak zou betekenen. De commissie wees er bovendien op dat in alle ons omringende landen een derde instantie bestond, in ieder geval voor rechtsvragen. Zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:57-58.

177 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:59. Hij voegt daaraan toe dat omstreeks 1900 niet meer dan ongeveer 15% van alle beroepen tot vernietiging leidde (en de Hoge Raad de bijnaam ‘het hof van verwerping’ kreeg), terwijl dit aantal rond 1950 vrijwel verdubbeld was, waarna weer stemmen opgingen tegen een te vrije wetshandtering. Het feit dat een toename van het aantal gecasseerde zaken als positief werd gezien, doet overigens vermoeden dat in vroege jaren van de twintigste eeuw advocaten een belangrijke stem in ‘de juristengemeenschap’ hadden.

178 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:58.

179 Van Bemmelen, 1938:3.

180 De Hullu, 1989:50-51. Het betrof het wetsontwerp Van Brugghen, waarbij ook de gerechtshoven zouden worden afgeschaft. Cassatie werd uitgesloten, met uitzondering van strafzaken waarin alleen het openbaar ministerie cassatie zou kunnen instellen en dan alleen nog voorzover zulks ten voordele van een veroordeelde zou strekken. Zie ook Den Hartog, 1994:60-61.

181 De Hullu citeert Wintgens, die het standpunt van de Kamer in een aparte nota als volgt verwoordde: ‘In dit voorstel is inderdaad eene miskenning gelegen van de groote verdiensten jegens het regtswezen van de instelling van het beroep in cassatie in strafzaken bij den Hoogen Raad ondervonden. Sedert 1838 heeft die regtspraak vele en rijke vruchten opgeleverd’ (W 1848 (4 mei 1857, p. 2), 1989:51, noot 201).

182 Bins, 1980:265. Zie hierover nader hoofdstuk 4.

183 Zie Hymans, 1882:3. In deze dissertatie uit 1882 stelde hij dat de bezwaren tegen de cassatie in het burgerlijk recht, te weten dat de grens tussen recht en feit zo moeilijk te trekken was, in het strafrecht in veel mindere mate van toepassing was. Bovendien vond de auteur dat, anders dan in burgerlijke zaken, de cassatie in strafzaken wel nodig was. Het zou immers onmogelijk zijn alle

‘Ik kom er rond voor uit, ofschoon ik in civilibus behoort tot de onverzoenlijken tegen cassatie, dat ik in poenalibus haar niet gaarne zou willen missen, omdat de ondervinding leert, dat zij in poenalibus uitstekend werkt en in civilibus ellendig. Zeer natuurlijk. Wat is de vraag in poenalibus: is het feit bewezen? en vervolgens: is op dat feit de wet goed toegepast.’¹⁸⁴

In 1871 werd inderdaad een voorstel tot wijziging van de wet RO ingediend waarbij de cassatie in burgerlijke zaken zou worden afgeschaft, maar in strafzaken zou worden behouden.¹⁸⁵ Eenzelfde geluid klonk ook een goede vijftig jaar later tijdens de vergadering van de NJV van 1933. Feith stelde in zijn preadvies dat tegen de cassatie in strafzaken geen redelijke bezwaren waren aan te voeren. Dat het onderscheid tussen feit en recht niet te maken viel vond hij nonsens. Hij wees er verder op dat de Hoge Raad ook enige controle op bewezenverklaringen kon uitoefenen.¹⁸⁶

De NJV-vergadering van 1938

In 1938 meldde Veegens in zijn preadvies voor de NJV-vergadering van dat jaar,¹⁸⁷ dat de bezwaren van de tegenstanders van de cassatie vooral de burgerlijke cassatie betroffen. Hij had in de literatuur geen uitlatingen gevonden die zich in het bijzonder tegen de cassatie in strafzaken richtten.¹⁸⁸

Grappig genoeg was die laatste opmerking achterhaald op het moment dat Veegens hem maakte, omdat juist zijn mede-preadviseur Van Bemmelen zich in zijn preadvies zo’n tegenstander betoonde. Zijn bezwaren waren in wezen van praktische aard: hij vond behandeling in drie instanties teveel van het goede. Hij onderschreef het belang van rechtseenheid en stelde daarom voor de Hoge Raad te handhaven als hoogste instantie, maar dan als appelrechter die alleen principiële zaken zou behandelen.¹⁸⁹ Daarvoor zou dan een verlostelsel moeten worden ingevoerd. Als bijkomend voordeel zag hij dat in zo’n stelsel de scheiding tussen feit en recht, die hij ook in strafzaken wel degelijk problematisch vond, zou zijn opgeheven.¹⁹⁰ Nog een voordeel zou zijn dat het dan niet meer kon voorkomen dat de Hoge Raad ten principale uitspraak moest doen zonder onderzoek naar de feiten te kunnen instellen.¹⁹¹ Daartegen had ook De Pinto al eerder bezwaar gemaakt.¹⁹²

strafzaken in appel door de Hoge Raad te laten behandelen, terwijl er wel rechtseenheid moest zijn.

184 Zie De Hullu, 1989:49.

185 Zo vermeldt J.M. de Moor in zijn preadvies voor de vergadering van de NJV van 1933. Het voorstel haalde het niet.

186 Feith, 1939:37, opgenomen in de Handelingen van het NJV 1933.

187 Waarvan de vraagstelling luidde: ‘Is wijziging van de regeling betreffende de hogere voorziening in strafzaken gewenst, en zoo ja, in welken zin?’.

188 Veegens, 1938:21.

189 De niet-principiële zaken zouden dan door de gewone hoven worden behandeld.

190 Van Bemmelen, 1938:33-34.

191 Van Bemmelen geeft een berucht voorbeeld van hoe dat verkeerd kon uitpakken. In de ‘Velzensche zaak’ had de Hoge Raad in 1866 wegens doodslag een vrouw ter dood veroordeeld, die eerder door het hof was ontslagen van rechtsvervolging omdat zij had mogen menen te handelen ten dienste van justitie. De zaak speelde zich af ten tijde van relletjes, waarbij een man zich had verschanst in zijn woning. De politie en een deel van de bevolking belegerden het huis.

Veegens verklaarde zich in zijn preadvies voorstander van het handhaven van de cassatie.¹⁹³ Hij achtte het Nederlandse stelsel van cassatie bijzonder geschikt voor het doel daarvan: de eenheid in de toepassing der wet. Dat doel zag hij als een belang van de gemeenschap, dat boven het individuele geval uitgaat. Het vernuftige van het systeem vond hij dat het belang van dat individu ('dat er natuurlijk alleen op uit is een gunstige beslissing in zijn eigen zaak te verkrijgen') dienstbaar aan de gemeenschap is gemaakt doordat enerzijds de Hoge Raad door de ingediende beroepen wordt voorzien van het benodigde materiaal om de rechtseenheid te kunnen bewerkstelligen, terwijl anderzijds uit die beroepen alleen datgene hoeft te worden onderzocht wat vanuit het gezichtspunt van de rechtseenheid van belang is.¹⁹⁴

Het verruimen van de cassatiegronden tot alle gevallen waarin ernstige twijfel was gerezen aan de juistheid van de eerdere uitspraak, zoals op dat moment in Duitsland was voorgesteld, leek hem geen goed idee. Daardoor zou de Hoge Raad onophoudelijk in de verleiding raken zich met de feiten in te laten, wat ten koste van zijn cassatiewerkzaamheid zou gaan. 'Men kome den individueelen belangen niet zozeer tegemoet dat men er zelfs een denaturering van dit rechtsmiddel voor over heeft.'¹⁹⁵

Als gezegd was dit de laatste maal dat het instituut van de cassatie als zodanig ter discussie stond. Van Bemmelen wist de vergadering niet te overtuigen.¹⁹⁶ De cassatie bleef.

De ter plaatse aanwezige officier van justitie riep dat hij de man 'levend of dood' wilde hebben en dat desnoods de boel maar in de brand moest. Ene mevrouw Van den Bosch had hierop de daad bij het woord gevoegd en door het naar binnen gooien van een mandje gloeiende kolen brand veroorzaakt in de woning. Nadat de Hoge Raad haar alsnog bestraft had met de doodstraf (en overigens een politiemans vijf jaar gevangenisstraf had opgelegd omdat deze de man had geslagen met zijn sabel toen deze zijn huis ontvluchtte) verleende de Koning beide uiteindelijk volledige gratie. Deze zaak had veel ophef veroorzaakt en werd gezien als een bewijs dat ten eerste de Hoge Raad niet vrij was van dwalingen en dat hij bovendien ongeschikt was om ten principale recht te doen en straf op te leggen (Van Bemmelen, 1938:1-2).

192 Van Bemmelen, 1938:3-4, verwijzend naar een hoofdartikel van De Pinto in W. 2946 over de Velzense zaak. De Hoge Raad heeft het probleem dat de Wet RO hem oorspronkelijk dwong in bepaalde gevallen zelf recht te doen, terwijl hij dat in gevallen waarin de rechter nog geen bewijsbeslissing had genomen zonder feitenonderzoek niet kon doen, opgelost door in die gevallen terug te wijzen naar de rechter die het vernietigde vonnis gewezen had. Deze oplossing is in 1963 in art. 441 Sv. wettelijk geregeld. Zie Bins, 1980:271.

193 Al zag ook hij wel iets in verkorting van de procedure waar dat mogelijk was. Het leek hem daarom gewenst aan partijen het recht toe te kennen sprongsgewijze cassatie in te stellen (Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:26).

194 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:22-23.

195 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:28-29.

196 Van Bemmelen bleef een tegenstander. In zijn leerboek van 1957 herhaalde hij zijn bezwaren met nieuwe overtuiging, opgedaan tijdens zijn werkzaamheden als strafadvocaat tijdens de bezetting. Hij had toen geconstateerd dat de cassatie in vele gevallen geschiedt 'op gronden, die met de eigenlijke bezwaren van partijen tegen het vonnis of arrest, waartegen het rechtsmiddel wordt gericht, niets maar dan ook niets te maken hebben.' Met name de vernietiging wegens vormgebreken 'die volmaakt irrelevant zijn' was hem een doorn in het oog. Zie Van Bemmelen, 1957:XIII-XV.

Het algemeen belang voorop, het individueel belang als bijkomend

Ook in de jaren daarna bleef men de rechtseenheid als in wezen de enige taak van de Hoge Raad zien, onder erkenning van het feit dat in de cassatie mede rechtsbeschermende aspecten besloten lagen. De toen net oud-President van de Hoge Raad J. Donner¹⁹⁷ herbevestigde dit in een lezing in 1962:

‘hoezeer de functie van de Hoge Raad – de verzekering van de rechtseenheid – een zaak van algemeen belang is, zo is toch het initiatief tot cassatie als gewoon rechtsmiddel aan partijen overgelaten. (...) ten aanzien van straf- en belastingzaken is – ten bate van partijen, doch wel allereerst met het oog op het algemeen belang ten aanzien van deze publiekrechtelijke wetgeving – ook ambtshalve vernietiging opengesteld.’¹⁹⁸

1.3.2 *Ontwikkelingen in de wetgeving**De grondwetswijziging van 1948*

Ook in de wetgeving deden zich na 1838 belangwekkende gebeurtenissen voor. Nederland veranderde kort na de codificatie van 1838 in een constitutionele monarchie. In de onder leiding van Thorbecke ontworpen Grondwet van 1848 werd de basis gelegd voor ons huidige stelsel van parlementaire democratie.¹⁹⁹ Deze grondwetswijziging had echter geen gevolgen voor de cassatie.

De wijziging van de Wet RO in 1963

De Wet RO onderging als gezegd een belangrijke wijziging in 1876, toen het aantal hoven werd teruggebracht tot vijf. Pas in 1963 vond daarin weer een voor de cassatie belangrijke wijziging plaats.

De aanleiding was een herziening van het burgerlijk recht, maar deze had tevens gevolgen voor de cassatie in strafzaken. De belangrijkste wijziging was dat in artikel 99 Wet RO de toetsingsgrond ‘schending der wet’ werd vervangen door ‘schending van het recht’. De wijziging hield in wezen een erkenning in van het feit dat de rechter in de praktijk zelfstandig rechtsregels was gaan formuleren en toepassen, zoals in het strafrecht bijvoorbeeld de ongeschreven strafuitsluitingsgronden. In die zin was deze wetswijziging een codificatie van al geldend recht.²⁰⁰ Door deze uitbreiding kwamen ook het volkenrecht, het Europees recht, het internationaal privaatrecht en het recht tussen de delen van Koninkrijk binnen het bereik van de Hoge Raad. Verder werd het inmiddels zinloos bevonden onderscheid tussen

197 Jan Donner werd in 1926 minister van justitie en werd omdat hij toen pas 36 jaar oud was wel het ‘Kind van Staat’ genoemd. In 1933 werd hij raadsheer in de Hoge Raad, uit welke functie hij ontslag nam in 1944. Na de bevrijding keerde hij terug als President en bleef dat tot aan zijn pensionering in 1961.

198 Donner, 1962.

199 De directe aanleiding hiervoor was dat Koning Willem II schrok van relletjes in eigen land. Deze hadden te maken met slechte sociale en economische omstandigheden, maar de Koning vreesde voor revolutie-achtige toestanden en besloot haast te maken met een eerder al aangekondigde grondwetswijziging. Zie hierover bijv. B. Bouwman, ‘Een ware opportunist’, in: NRC webpagina’s 13 maart 1978; <http://retro.nrc.nl/W2/Lab/Profiel/Grondwet/willem.html>.

200 Zie Melai, 1987:340 en 344. Fokkens en Mulder zien er veeleer een basis in voor een ontwikkeling in de richting van een verminderd legisme. Fokkens en Mulder, 1984:11-12.

verkeerde toepassing of schending van een rechtsregel opheffen en verdween de overschrijding van de rechtsmacht als zelfstandige toetsingsgrond omdat dit onder ‘schending van het recht’ viel.

De regels voor de afdoening ten principale en de eventuele verwijzing, die voorheen in de Wet RO waren geregeld,²⁰¹ werden na modernisering van de tekst overgeheveld naar het Wetboek van Strafvordering,²⁰² waarbij voor het eerst expliciet werd bepaald dat de lagere rechter de zaak moest afdoen met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad.²⁰³ Deze verbindendheid van de uitspraken van de cassatierechter was overigens ook daarvoor in de praktijk wel aanvaard.²⁰⁴

Deze wetswijziging betekende dus een uitbreiding, maar geen fundamentele wijziging, van het stelsel.²⁰⁵ Van bijzonder belang is echter dat de wetgever de rechtsvorming als doel van de cassatie noemde. In de memorie van toelichting op die wet was nog als vanouds vermeld dat aan het instituut van het beroep in cassatie in hoofdzaak het streven naar rechtseenheid en rechtszekerheid ten grondslag lag.²⁰⁶ In de memorie van antwoord, tien jaar later opgesteld onder een andere minister, werd echter gesteld dat de wetswijziging ‘met het oog op de rechtsontwikkeling’ noodzakelijk was tot ‘het tegengaan van onjuiste beslissingen, en het scheppen van de mogelijkheid van rechtsvorming en bevordering van uniformiteit op tot nu toe voor de HR afgesloten terreinen.’²⁰⁷ Niet alleen wordt hier de taak ‘rechtsvorming’ voor het eerst expliciet door de wetgever genoemd, maar bovendien werd met ‘het tegengaan van onjuiste beslissingen’ waarschijnlijk gedoeld op de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad. Opvallend is ook dat de rechtseenheid (‘bevordering van de uniformiteit’) als laatste is vermeld.²⁰⁸

Wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering

Het Wetboek van Strafvordering van 1830 tenslotte, werd in 1886,²⁰⁹ in 1926²¹⁰ en – zoals zojuist vermeld – in 1963 aangepast, maar de meest wezenlijke kenmerken van de cassatie bleven daarin al die tijd ongewijzigd. De Hullu wijst op het feit dat de ambtshalve cassatie tot 1926 niet expliciet in het Wetboek van Strafvordering was opgenomen, maar wel stilzwijgend heeft bestaan.²¹¹

201 In de artt. 105 en 106 RO.

202 Waarbij deze verwijzingsregels voor het burgerlijk recht dus werden prijsgegeven. Melai, 1968:68.

203 Art. 441 lid 2 Sv.

204 Zie Melai, 1968:68.

205 Melai, 1987:341.

206 Deze memorie was afkomstig van minister van justitie Struycken, zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:158, verwijzend naar Kamerstukken II 1950/51, 2079, nr. 3, p. 7.

207 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:158, verwijzend naar Kamerstukken II 1962/63, 2079, nr. 5, p. 2 Minister van Justitie was inmiddels Beerman.

208 Zie Melai, 1987:341, verwijzend naar de MvA 1950/1951, p. 2.

209 Aanpassing aan wijzigingen in de Wet RO en de invoering van het Wetboek van Strafrecht.

210 Omvangrijke stelselherziening die leidde tot een nieuw wetboek van strafvordering, waarbij ons huidige gematigd accusatoire stelsel werd ingevoerd. Voor wat de cassatie betrof bleven de wijzigingen echter beperkt tot een neerslag van bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie Blok en Besier, 1925:410.

211 De Hullu, 1989:51-52.

1.3.3 *Beschouwing ten aanzien van het al dan niet rechtsbeschermend karakter van de taak van de cassatierechter in Nederland in de periode 1838-1963*

Voor wat betreft de taken van de Hoge Raad valt op dat tot aan het eind van de hier besproken periode (en daarvoor) grote eenstemmigheid bestond over de taak die vóór alles die van de hoogste rechter moest zijn: het bewaken van de eenheid in de rechtspraak. Het maakte daarbij niet uit dat de Hoge Raad anders dan in Frankrijk ook ten principale recht kon doen. Het belang van de justitiabele werd wel erkend, maar speelde daarbij een ondergeschikte rol. Dat bleek onder meer uit de toelichting op het hierboven genoemde wetsvoorstel van 1857, waarvoor de regering als reden aanvoerde dat cassatie een middel is in het algemeen belang en niet in dat van ‘bijzondere personen’, nu het bij cassatie om eenheid van rechtspraak gaat.²¹² Daarbij moet echter wel worden bedacht dat de positie van de verdachte in het strafproces in 1838 sterk verbeterd was ten opzichte van de periode daarvoor en dat een van de basisprincipes daarvan was de burger te behoeden voor onevenredige of onvoorzienbare inbreuken op zijn rechten.²¹³ Bij de wetswijziging van 1926 werden de rechten van de verdediging opnieuw sterk uitgebreid. Er werd een stijl van procederen ingevoerd die berust op het model van de rechtsstrijd.²¹⁴ Daarmee begon, of misschien beter gezegd: intensiveerde, een tot op de dag van vandaag voortdurende discussie waarin het belang van het individu wordt afgewogen tegenover het belang van de maatschappij. In de loop van de tijd werd een slingerbeweging zichtbaar, waarin de ene keer het belang van het individu, de andere keer het belang van de gemeenschap de overhand had. Veegens beschreef deze slingerbeweging al in zijn preadvies van 1938, waarin zowel de “verlichte tijd” van de twintiger jaren, als de autoritaire tijd van vlak voor en tijdens de Tweede Wereldoorlog doorklinken:

‘Ongemerkt zijn mij zoeven reeds de woorden individu en gemeenschap uit de pen gevloeid, zonder welke men tegenwoordig geen onderwerp van materieel of formeel strafrecht kan behandelen. Meende men in 1925 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering te kunnen getuigen, dat het de belangen van gemeenschap en individu op een hooger plan in evenwicht had gebracht, al vrij spoedig begon het inzicht baan te breken, dat deze codificatie was totstandgebracht in een tijd, waarin de slinger zijn onafgebroken beweging tusschen de beide uitersten het hoogtepunt aan den kant van het individueele belang had bereikt. Nog geen tien jaar later was het algemeene oordeel zoozeer gewijzigd, dat onze Vereniging zich in haar Leeuwardense vergadering met betrekkelijk groote meerderheid uitsprak in dien zin, dat den gemeenschapsbelangen te kort is gedaan, al bleef zij op de vraag, op welk concreet punt dit zich voordoet, het antwoord schuldig.’²¹⁵

Hoe herkenbaar is deze schets ook vandaag nog.

212 De Hullu, 1989:50-51, waarbij hij aantekent dat de bezwaren van de Tweede Kamer niets van doen hadden met een ander idee over de (publieke) functie van de Hoge Raad, maar met bezwaren tegen een te machtige positie voor de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad.

213 Groenhuijsen, 1989:506.

214 Groenhuijsen, 1989:523. Zie ook Fokkens en Mulder, 1984:1-3.

215 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:4.

Als in de literatuur over die slingerbeweging wordt gesproken blijft de cassatie over het algemeen buiten schot. Desalniettemin werken de effecten daarvan ook door in de taakopvatting van de Hoge Raad zelf en de ideeën die daarover daarbuiten bestaan. De eerste veranderingen in de oorspronkelijke taakopvatting dienden zich in de jaren vijftig aan, zoals bleek uit de hiervoor geciteerde toelichting op de wijziging van artikel 99 RO in 1963. Mede daarover gaat het volgende hoofdstuk.

2 De taken van de Hoge Raad

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de taken van de Hoge Raad als cassatierechter en de discussie die daarover nu al decennia wordt gevoerd.

Aan het eind van het vorige hoofdstuk werd geconstateerd dat het bewaken van de rechtseenheid van oudsher de belangrijkste taak van de cassatierechter was. Daarnaast was er ruimte voor bescherming van de belangen van de individuele burger.

Onderbelicht bleef oorspronkelijk de rechtsvormende taak. Zeker vanuit het tegenwoordige perspectief kan echter gezegd worden dat de Hoge Raad ook die taak altijd heeft gehad: hij diende immers de toepassing van de wet te controleren en dus de wet te interpreteren. Aldus wordt de wet ‘gevormd’ of, zo men wil, ‘ontwikkeld’. Maar het juridische debat over ‘rechtsvorming’ als taak van de Hoge Raad begon relatief laat. Toen die taak zich eenmaal goed en wel had gevestigd, volgde een verkenning van de onderlinge verhouding van de taken, waarbij de taak van rechtsvorming langzaam maar zeker tegenover die van de individuele rechtsbescherming kwam te staan.

In dit hoofdstuk wordt begonnen met een min of meer chronologische weergave van dit debat²¹⁶ vanaf ongeveer de jaren twintig van de vorige eeuw. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de wijzigingen in de cassatieprocedure in de laatste vijfentwintig jaar, waarvan de onlangs ingevoerde selectie aan de poort het (voorlopige) sluitstuk vormt.

Het hoofdstuk wordt besloten met een nadere beschouwing van elk van de taken die de Hoge Raad op dit moment vervult en de wijze waarop hij daaraan in de praktijk vorm geeft. Dat laatste omvat het onderwerp van de criminele politiek.

2.2 Rechtsvorming en rechtsvinding

In hoofdstuk 1 kwam al aan de orde dat de wetgever in 1963 voor het eerst rechtsvorming als een taak voor de Hoge Raad noemde. Dat kwam uiteraard niet uit de lucht vallen. Deze nieuwe taaktoedeling vloeide voort uit het geleidelijk gegroeide inzicht dat het toepassen van de wet meer vergde dan het geven van een grammaticale uitleg van de regels. Het leerstuk van de rechtsvinding kwam tot bloei.

²¹⁶ Overigens zonder de pretentie van volledigheid, nu er zoveel over dit onderwerp is geschreven dat het ondoenlijk en ook onwenselijk is dat allemaal te behandelen.

Enig inzicht daarin is voor een goed begrip van de ontstaansgeschiedenis van rechtsvorming als taak voor de Hoge Raad onontbeerlijk. Daarom wordt eerst weer wat teruggegaan in de tijd.

2.2.1 *Wetsuitleg in de negentiende eeuw*

Dat de rechter de wet mocht en moest interpreteren heeft in Nederland na 1813²¹⁷ nooit ter discussie gestaan.²¹⁸ In de tweede helft van de 19^e eeuw gebeurde dat echter op zeer terughoudende wijze. Rechtspraak stond gelijk aan uitleg van de letterlijke tekst van de wet. Geheel overeenkomstig de leer van Montesquieu mocht zelfs de wil van de wetgever geen rol spelen.²¹⁹ Wetenschap, politiek en de Hoge Raad waren hierover eensgezind.

Opzoomer,²²⁰ vooraanstaand wetenschapper en schrijver van een elfdelig commentaar op het Burgerlijk Wetboek, bracht deze opvatting onder woorden als volgt:

‘Verstaat men daarentegen door “bedoeling” het oogmerk dat de wetgever zocht te bereiken, het in de toekomst liggende doel, waarnaar hij streefde en waartoe de wetsbepaling het middel moest zijn, dan is die bedoeling buiten de wet gelegen, en de rechter die alleen volgens deze moet vonnissen, mag niet op haar letten.’²²¹

Thorbecke,²²² ontwerper van de Grondwet van 1848 en in die periode de facto minister-president (al bestond die term nog niet) zal het hier van harte mee eens zijn geweest, getuige de volgende uitspraak: ‘Gemaakt is de wet, onafhankelijk van de individuele mening van de wetgever, aan de regels der uitlegging onderworpen’.²²³ De jurisprudentie van de Hoge Raad was hiermee in overeenstemming.²²⁴

In de periode van 1867 tot 1876 begon de Hoge Raad de historie en de wordingsgeschiedenis van de wet bij zijn interpretatie van de wet te betrekken, maar, aldus Fockema Andreae: ‘Tot het doen van een – altijd pijnlijke – keuze

217 Voordien werden vonnissen nog niet gemotiveerd en jurisprudentie niet gepubliceerd, waardoor niet inzichtelijk is hoe rechterlijke uitspraken toen tot stand kwamen.

218 Zoals in het vorige hoofdstuk onder 2.b, De Franse Revolutie, vermeld, was dat in Frankrijk na de Revolutie in eerste instantie wel het geval. De letterlijke tekst van de wet diende toen juist ter bescherming tegen interpretatie door de rechter.

219 Schoordijk, 1988:3, daar verwijzend naar Fockema Andreae.

220 Cornelis Willem Opzoomer was jurist, wijsgeer en godgeleerde. Hij werd in 1846 hoogleraar (in de wijsbegeerte) en later rector te Utrecht. Hij was ook politiek actief en vertegenwoordigde in de 19e eeuw het intellectuele liberalisme. Bron: Koninklijke Bibliotheek, http://poortman.kb.nl/long2.php?TABEL=T_NAAM&ID=883.

221 Zie Schoordijk, 1988:4.

222 Johan Rudolf Thorbecke was (zoals ook nu nog algemeen bekend) staatsman van liberale signatuur. Hij was voorzitter van de grondwetscommissie die de Grondwet van 1848 tot stand bracht en geldt daarom als grondlegger van de parlementaire democratie. Hij gaf in de periode van 1849 tot 1872 leiding aan drie kabinetten. Hij voerde een voortdurende machtsstrijd met Willem III die kort na de grondwetwijziging, waarvan hij een fervent tegenstander was, aan de macht was gekomen. Zie nader over Thorbecke: Drentje, 2004.

223 Schoordijk, 1988:3-4. Hij vermeldt geen vindplaats.

224 Schoordijk, 1988:3.

tussen twee met elkander strijdige argumenten, m.n. woorden contra wordingsgeschiedenis, ziet de Hoge Raad zich voorshands niet genoodzaakt'.²²⁵

De Hoge Raad lijkt in die periode meer beïnvloed te zijn geraakt door Opzoomer's tegenstrever Diephuis,²²⁶ die voorstander was van een historische en systematische interpretatie van het recht, zonder dat overigens tegen de tekstuele betekenis van de wet mocht worden ingegaan.²²⁷ In de taakopvatting van de Hoge Raad was in deze eerste decennia na de invoering van de Nederlandse wetgeving dus nog geen plaats voor rechtsvorming weggelegd. Ook in de wetenschap werd daarover nog niet of nauwelijks gedacht, al begon onder civilisten in de tachtiger jaren de gedachte post te vatten dat de rechtspraak vrijer moest worden, in die zin dat aan rechtsbeginselen als billijkheid en goede trouw daarin een belangrijke plaats toekwam.²²⁸ Voor de strafrechter bleef de strikte gebondenheid aan de wettekst vanwege het legaliteitsbeginsel echter sterk gelden. Overigens lag dat wellicht in de lagere (straf)rechtspraak anders, getuige een in 1851 verschenen artikel van De Sitter, rechter te Sneek.²²⁹ Deze meende toen al dat in het legaliteitsbeginsel geen gebondenheid tot strikt grammaticale uitleg besloten lag. Hij stelde hierover:

‘...dat in strafzaken, zoowel als bij de toepassing van ieder ander deel des regts, eene gezonde wetsuitlegging steeds mag en moet plaats hebben, ook al wordt hierdoor aan de wet eene ruimere beteekenis gehecht, dan uit de letterlijke betekenis harer bewoordingen alleen voortvloeit...’²³⁰

2.2.2 Een nieuwe eeuw: rechtsvorming en een vrijere rechtsvinding

In de nieuwe eeuw, waarin de liberale staat langzaam overging in de sociale rechtsstaat, brak de discussie over rechtsvorming in volle hevigheid los. In 1920 al bepleitte de Staatscommissie Gratama, haar tijd ver vooruit, schending van het recht tot cassatiegrond te maken. Zo zou de Hoge Raad kunnen meewerken aan de nieuwe rechtsvorming en aan het behoeden van het Nederlands recht voor ‘de verstening waaraan het blootstaat’.²³¹ Paul Scholten,²³² schrijver van het klassiek geworden Algemeen Deel van de Asser-serie, legde niet veel later een theoretische basis onder deze gedachte. Hij signaleerde dat de wet en haar uitlegging niet altijd een antwoord

225 Zie Schoordijk, 1988:4.

226 G. Diephuis was een Groninger hoogleraar en tijdgenoot van Opzoomer. Ook hij schreef een commentaar op het Burgerlijk Wetboek. Scholten typeerde hem als een man die de wet alleen uit de tekst wil verklaren, maar, anders dan Opzoomer wel naar praktische oplossingen streefde en oog had voor maatschappelijk bevredigende oplossingen. Scholten stelde dat Opzoomer en Diephuis in de hier besproken periode de wetenschap van het privaatrecht hebben beheerst. Zie Asser, 1974:186-187.

227 Zie Schoordijk, 1988:4.

228 Zie Schoordijk, 1988:9-10.

229 De Sitter, 1851:1-22.

230 De Sitter, 1851:22. Dit citaat wordt ook gevonden in Röling, 1937:8.

231 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:159, noot 1, verwijzend naar deel II p. 223 van het ontwerp van die commissie.

232 Paul Scholten werd in 1910 hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam, in eerste instantie in het Romeins recht, later (onder meer) in het burgerlijk recht.

op de voorliggende vragen geven. In die gevallen moest de rechter zijns inziens de regel aanvullen, uitbreiden of soms zelfs nieuwe regels vormen.²³³ De beslissing vormde vervolgens zelf ook weer onderdeel van het recht. ‘Jus in causa positum. In de feiten zelf ligt het recht’. *Dat betekende dat* ‘het recht hier niet gevonden wordt door afleiding van een regel, ook niet van een zelf opgestelde. Als men hier van een regel wil spreken, dan gaat deze regel noch in tijd aan de werkzaamheid van de rechter, noch logisch aan de beslissing vooraf. Eerst met de beslissing is de regel gegeven. Aan de beslissing komt zelfstandige betekenis toe.’²³⁴ Wat in een concreet geval recht was hing in Scholtens visie derhalve niet alleen af van de regels, maar ook van beslissingen van de rechter, die aan de hand van de feiten en de regels het recht moest ‘vinden’. Aldus was in de civiele doctrine de rechtsvormende taak van de rechter geboren.

Van rechtsvorming als specifieke taak voor de Hoge Raad werd in die dagen nauwelijks gerept. Rhijnvis Feith, president van de Hoge Raad van 1933 tot 1939, sprak in 1938 zelfs uit dat zijns inziens de voornaamste taak van de Hoge Raad niet het bevorderen van de uniformiteit van de rechtspraak was, maar de zorg voor de richtige naleving van de wetten in elk bijzonder geval.²³⁵ Dat is een van de manieren waarop de individuele rechtsbescherming vaak is, en wordt, omschreven. Over rechtsvorming in ieder geval geen woord.

2.2.3 *Intussen in het strafrecht: debat over analogie/extensieve interpretatie*

Scholten had bij zijn bespiegelingen het strafrecht niet buiten beschouwing gelaten. Hij dacht dat de door hem beschreven wijze van rechtsvinding in het strafrecht, wegens de bijzondere aard daarvan, minder vaak zou worden toegepast, maar toch onvermijdelijk ook daar zou voorkomen. Een grens trekken tussen extensieve interpretatie en analogie was zijns inziens geheel onmogelijk.²³⁶

Die laatste opmerking had ongetwijfeld te maken met het debat over de interpretatievrijheid van de rechter dat in die tijd in de strafrechtswetenschap gaande was.²³⁷ Daarbij stond onder meer de vraag of analogische toepassing van strafbepalingen al dan niet was toegelaten ter discussie.²³⁸ Scholten's werk speelde daarin een belangrijke rol.

²³³ Asser/Scholten, 1974.

²³⁴ Scholten, 1934.

²³⁵ Bij gelegenheid van het 100-jarig bestaan van de Hoge Raad. Rede van Jhr. Mr. Rh. Feith, 1939:13. Hij zei echter ook dat de praktijk van de cassatie, tegen de bedoeling van de wetgever in, een derde instantie had gemaakt. Daardoor werd de procesgang zijns inziens vaakodeloos vertraagd. Zie p. 14.

²³⁶ Zie Langemeijer, 1937:36, verwijzend naar Scholten, 1934: par. 15, p. 80 e.v. en vooral par. 16, p. 92 e.v.

²³⁷ Hoewel ook in het civiele recht over analogische wetstoepassing werd gedebatteerd.

²³⁸ Zie de prae-adviezen van Röling en Langemeijer inzake Analogische toepassing van strafbepalingen, ten behoeve van de Vereniging voor strafrechtspraak van 13 november 1937.

Röling,²³⁹ een voorstander van wetstoepassing naar analogie, zag aanwijzingen dat de wetgever aan de rechter grote vrijheid had willen laten: ‘Hoe vaak verwijst Modderman naar “de wetenschap” en naar den rechter om de grenzen der strafbaarheid te bepalen!’²⁴⁰ Hij signaleerde dat de Hoge Raad met name in de meest recente decennia vrijer was geworden tegenover de tekst van de wet, zij het nog niet consequent.²⁴¹ Soms werd de wet zijns inziens zelfs analogisch toegepast. Als voorbeelden daarvan noemde hij het aanvaarden van een nieuwe strafuitsluitingsgrond in 1916,²⁴² strafuitsluitingsgrond in 1916,²⁴³ het electriciteitsarrest uit 1921²⁴⁴ en de uitbreiding van de rechtvaardigingsgronden in 1933.²⁴⁵ Hij verwees naar het in 1926 gewezen de-audit arrest als een arrest dat in flagrante strijd met de bedoeling van de wetgever werd gegeven.²⁴⁷ Röling besteedde ook aandacht aan buitenlandse opvattingen. Hij besprak de vrijheid die Franse en Engelse rechters zichzelf gunden en merkte de juridische situatie in Duitsland aan als ‘bijzonder leerrijk’. In Duitsland was onder het Hitler-bewind in 1935 uitdrukkelijk de analogie ingevoerd. De betreffende, berucht geworden, regel luidde: ‘Bestraft werd, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient’. Röling wees erop dat het Reichsgericht in een arrest uit 1936 de ‘eisen van het gezonde rechtsgevoel’ en de gerechtigheid juist gebruikte om de analogische toepassing van wetten te beperken.²⁴⁸ Hij waarschuwde dat ‘enge gebondenheid aan de wet’ niet zal helpen als (zoals in Duitsland en Rusland) ‘de nood aan den man’ komt: ‘In gistende tijden kan men het beter overlaten aan den rechter om te zeggen wat recht is dan aan den wetgever!’ daaraan in een noot toevoegend: ‘En dan natuurlijk niet “een of anderen rechter” (...) maar

239 Röling werd in 1933 docent penologie en penitentiaal recht te Utrecht. Hij was een geestverwant van Pompe. Na de oorlog werd hij Nederlands rechter in het Internationale Militaire Tribunaal voor het Verre Oosten in Tokio en vervolgens hoogleraar strafrecht, strafvordering, criminologie en (later) internationaal recht te Groningen. In 1962 richtte hij het Polemologisch Instituut te Groningen op. Hij had (kort gezegd) antikoloniale opvattingen, die hem in de jaren vijftig op kritiek kwamen te staan, maar hem vanaf het midden van de jaren zestig juist populair maakten.

240 Röling, 1937:10. A.E.J. Modderman was in de tachtiger jaren van de 19e eeuw als Minister van Justitie verantwoordelijk voor het in 1886 ingevoerde nieuwe Wetboek van Strafrecht.

241 Röling, 1937:12-14.

242 Te weten de afwezigheid van alle schuld (avas) in het Water en Melkarrest, HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681.

243 Te weten de afwezigheid van alle schuld (avas) in het Water en Melkarrest, HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681.

244 HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564.

245 Naar ik aanneem wordt bedoeld op het Huizense veeartsarrest, HR 20 februari 1933, *NJ* 1933, 918, waarin het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid met zoveel woorden tot zelfstandige strafuitsluitingsgrond werd verheven. Dit arrest was overigens in 1923 al voorafgegaan door het Opticienarrest, HR 15 oktober 1923, *NJ* 1923, 1329, waarin het voldoen aan een maatschappelijke verplichting als strafuitsluitingsgrond was aanvaard, namelijk als noodtoestand, een onderdeel van de wettelijke rechtvaardigingsgrond overmacht.

246 Röling, 1937:14, noot 1.

247 Röling, 1937:10, noot 2.

248 Röling, 1937:21. Hij betoont zich in zijn preadvies bepaald geen voorstander van de Duitse literatuur en jurisprudentie uit die dagen: ‘Men wordt gestooten door opvattingen, die in Nederland als grof onrecht worden bestempeld’. (p. 25).

de Rechterlijke Macht met als oppersten hoeder den Hoogen Raad'.²⁴⁹ In deze woorden van Röling zou met enige goede wil een pleidooi voor rechtsvorming²⁵⁰ door de Hoge Raad gelezen kunnen worden, maar ook een pleidooi voor rechtsbescherming, zeker in tijden waarin burgerlijke rechten onder druk staan.

Röling erkende dat zijn opvattingen geen gemeengoed waren: 'De genoemde vrijheid van den rechter de wet uit te leggen naar haren zin wordt over het geheele gebied van het recht aanvaard, behalve voor het strafrecht', hoewel hij daarbij aantekende dat dat al lang geen communis opinio meer was.²⁵¹ Als voorbeeld van een mede-voorzitter van de analogie noemde hij Taverne, op dat moment raadsheer in de Hoge Raad.²⁵²

Uit het preadvies van Langemeijer voor dezelfde vergadering als die waarvoor Röling zijn betoog hield, bleek de op dat moment heersende leer in het strafrecht, waarin analogische wettoepassing werd afgewezen. Langemeijer wees erop dat waar in het privaatrecht, vanwege het gesloten karakter daarvan, een leemte in de wet tot inbreuk op iemands recht en dus tot onrecht zou leiden, een leemte in de strafwet straffeloosheid tot gevolg heeft. Dat had zijns inziens niet dezelfde krenkende werking op het rechtsgevoel, omdat het geen inbreuk is op het recht van een ander. Waar in het strafrecht sprake is van een leemte, betekent zulks dat dus niet vaak moet worden gezegd dat 'de wet tekort schiet'.²⁵³ Vrije rechtsvinding door de strafrechter zou daarentegen een gevaar betekenen voor de eenheid en de zekerheid van recht – hier beriep Langemeijer zich dus, als te doen gebruikelijk als het om vrijere rechtsvinding in het strafrecht gaat, op het legaliteitsbeginsel.²⁵⁴

Dat betekende echter niet dat Langemeijer vond dat de rechter gebonden was aan de letterlijke bewoordingen van de wet. Hij was een voorstander van extensieve interpretatie, die hij definieerde als het vinden van de eigenlijke norm die in de wet besloten ligt, door het interpreteren en eventueel extenderen van de bewoordingen van de bepaling.²⁵⁵ Langemeijer analyseerde dezelfde jurisprudentie van de Hoge

249 Röling, 1937:29. Deze indrukwekkende observatie doet terugdenken aan de hiervoor besproken idealen uit de Franse Revolutie, waarin de grondrechten van de burger werden erkend, die de wetgever niet mag schenden. Röling stelt hier in wezen een rechtsfilosofische vraag inzake de begrenzing van de legitimatie van de wetgever.

250 Röling gebruikt dat woord ook letterlijk op dezelfde bladzijde als waarvan het zojuist weergegeven citaat afkomstig is: 'Ongetwijfeld het is waar, dat bij de rechtsvorming heden ten dage de neiging bestaat tot versterking van het wils-element boven het ken-element, tot versterking van de rechtsschepping boven de rechtsvinding'.

251 Röling, 1937:27.

252 Bernardus Maria Taverne was inderdaad voorzitter van de analogie. Hij werd in 1921 raadsheer in de Hoge Raad. Het de-audit arrest uit 1926 is onder zijn invloed geweest. Hij had uitgesproken pro-Duitse sympathieën, maar verfoeide het onrecht tijdens de oorlog en de bezetting. Hij was medeoprichter van de NJ, waarin hij vele annotaties schreef, ook met betrekking tot door hemzelf mede gewezen arresten. Zie Nijboer, 1985:716-731.

253 Het lijkt niet gewaagd te veronderstellen dat daarover tegenwoordig door velen bepaald anders wordt gedacht.

254 Langemeijer, 1937:43-44.

255 Analogie zag hij als het extenderen van de norm die in de wet besloten lag. Langemeijer, 1937:42.

Raad als Rölöng had gedaan, maar zag hierin, anders dan Rölöng, nooit meer dan extensieve interpretatie.²⁵⁶ Wellicht was het verschil, in ieder geval voorzover het de jurisprudentie van de Hoge Raad betreft, een kwestie van semantiek.

In de oorlog en de jaren die daarop volgden viel deze discussie stil. De analogische toepassing van het strafrecht werd daarna (tot op heden) nooit meer bepleit, althans niet in die bewoordingen. De uitwerking daarvan in Duitsland had een taboe op dat woord veroorzaakt.²⁵⁷ Discussie over rechtsvinding en rechtsvorming kwam er natuurlijk echter wel.

2.2.4 *Rechtsvinding en rechtsvorming na de tweede wereldoorlog*

Het duurde tot 1962 voor het woord rechtsvorming weer viel, maar dat gold in die periode uitsluitend het civiele recht. Jan Donner, toen president van de Hoge Raad, sprak in dat jaar van rechtsvormend optreden door de rechter.²⁵⁸ Hij zag dit als een in verloop van tijd steeds meer aan het licht getreden noodzakelijkheid.²⁵⁹ Tegelijkertijd zag hij de rechtsvorming alleen als middel tot het eigenlijke doel van de cassatierechtspraak: de rechtseenheid.²⁶⁰ Rechtsvorming door de rechter was zijns inziens overigens alleen mogelijk in het burgerlijk recht. Daar kon het begrip ‘wet’ worden uitgelegd als wet in materiële zin, wat ruimte bood voor interpretatie en rechtsvorming. In het strafrecht maakte het legaliteitsbeginsel als neergelegd in artikel 1 Sr dit zijns inziens echter onmogelijk, omdat de begrippen ‘wet’ en ‘recht’ daardoor samenvallen.²⁶¹

Een jaar later publiceerde een van Donners raadsheren, de latere president G.J. Wiarda,²⁶² voor het eerst zijn beroemd geworden werk ‘Drie typen van rechtsvinding’, waarin de rechtsvormende taak van de rechter uitvoerig werd besproken.²⁶³ Aansluitend bij Scholten stelde Wiarda dat de rechtsvinding door de rechter in de loop van de tijd van heteronoom, naar de letter van de wet, steeds meer

256 Langemeijer, 1937:45-52.

257 Zie R Emmelink, 1996:488.

258 Donner, 1962.

259 De erkenning van de Cour de Cassation als onderdeel van de Franse rechterlijke macht in 1837 had zijns inziens tot een verruiming van de taak van de cassatierechter geleid: ‘de “fausse interprétation” en “fausse application” deden hun intrede; het zwaartepunt kwam te vallen op de eenheid in de toepassing van het recht.’ Donner las kennelijk in de vernietigingsgrond ‘schending van de toepassing van de wet’ (in tegenstelling tot ‘schending van de wet’) de mogelijkheid tot rechtsvormend optreden. Donner, 1962:10.

260 Zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:159, waar kortweg wordt gesteld dat volgens Donner handhaving van de rechtseenheid het enige doel van de cassatierechtspraak was.

261 Donner, 1962:16. Op p. 17 e.v. bespreekt hij het onderwerp van interpretatie en rechtsvinding uitsluitend voor het burgerlijk recht.

262 G.J. Wiarda werd na de oorlog hoogleraar administratief recht in Utrecht en was in 1963 raadsheer bij de Hoge Raad. In 1972 werd hij daarvan president. Vanaf 1966 had hij tevens zitting in het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, een combinatie die aanvankelijk doenlijk was, omdat in Straatsburg niet meer dan een zaak per jaar werd behandeld. Wiarda zei daarover later dat in die tijd de Conventie door de Hoge Raad nog niet erg au sérieux werd genomen. Zie Steenhof en Klomp, 1998, tekst ook gepubliceerd op <http://www.uu.nl/uupublish/content/wiardaboek.pdf>.

263 Wiarda, in 1963 verschenen als jubileumbundel, in 1972 voor het eerst als afzonderlijke publicatie bij die Uitgever.

autonoom, vrij vertolkend, was geworden. Dat was naar zijn opvatting mede veroorzaakt door het feit dat de wetgever in de sociale welvaartsstaat steeds meer vage normen in de wetgeving was gaan opnemen. Daardoor werd de rechtsvorming in concreto in steeds hogere mate aan de rechter overgelaten.²⁶⁴ Hij zag de wetswijziging van de Wet RO in 1963, waarbij de schending van het recht als toetsingsgrond werd ingevoerd en de wetgever rechtsvorming voor het eerst als taak voor de Hoge Raad noemde, als het logisch gevolg van deze ontwikkeling.

2.2.5 *Even later in het strafrecht: ook hier naar een autonomere rechtsvinding*

In het burgerlijk recht is na 1963 de rechtsvorming als een van de doeleinden van de cassatierechtspraak weer even uit het zicht verdwenen.²⁶⁵ Op het strafrechtelijke terrein was het Melai die in zijn dissertatie uit 1968 wees op de gevolgen die de wijziging van artikel 99 RO kon hebben en aldus het debat over rechtsvorming in het strafrecht voor het eerst sinds de oorlog weer op gang bracht.²⁶⁶ Zijns inziens golden de mogelijkheden tot rechtsvorming vooral het materiële strafrecht. Hij meende dat het legaliteitsbeginsel interpretatieve inmenging van de rechter daar niet uitsluit, al brengt het wel met zich mee dat bij de interpretatie van het materiële strafrecht geen factoren in beschouwing genomen kunnen worden die in de strafbepaling zelf geen onmiddellijke grondslag hebben. Rechtsvorming zou daarom vooral kunnen plaatsvinden ten aanzien van algemene begrippen²⁶⁷ en buitenwettelijke leerstukken.²⁶⁸ Daarbij zou de rechter de richting mogen aangeven waarin het recht zich naar diens opvatting moet ontwikkelen, zodat in zoverre die opvatting mede bepalend is voor de inhoud van het recht (De invloed van Scholten lijkt hier door te klinken²⁶⁹). Het rechtsoordeel diende daarbij echter wel te passen in

264 Natuurlijk zijn er ook andere visies op de oorzaak van de grotere autonomie, toegespitst op de cassatierechtspraak, zoals die van Hirsch Ballin, die sprak van taakverruiming: van het enkele waken over de toepassing van wetgeving, tot het uitvoeren van belangenafwegingen aan de hand van algemene rechtsbeginselen (Hirsch Ballin, 1988:233) en die van Witteveen, die liever spreekt van een evenwicht van machten dan van een scheiding van machten en het werk van de (hoogste) rechter ziet als complementair aan het werk van de wetgever: als die leemtes laat liggen of vage normen uitvaardigt, heeft de rechter een vergaande controlerende (en dus invullende-AR) taak (Witteveen, 2001:272).

Het genoemde is overigens een topje van een enorme ijsberg: in de rechtstheorie werd al sinds Scholten intensief gediscussieerd op de gebieden van de rechtsvinding en de functie van rechtsbeginselen daarin. Zie Klanderman, Mulder en Van der Velden, 1981. Een uitvoerige bespreking daarvan zou ons echter te ver buiten het onderwerp van dit werk voeren.

265 Aldus Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:159.

266 Melai, 1968.

267 Bijvoorbeeld het begrip 'feit' in art. 55 Sr juncto art. 68 Sr.

268 Zoals bepaalde schuld- en strafuitsluitingsgronden. Melai, 1968:149

269 Zie over rechtsvinding ook hoofdstuk 5, par. 4.1 Een kort overzicht van het hermeneutische debat.

het stelsel van de wet. De strikte regels van het formele strafrecht zouden voor (nadere) rechtsvorming weinig ruimte bieden.²⁷⁰

Het opmerken waard is dat Melai de interpretatievrijheid van de rechter heel anders besprak dan Langemeijer 30 jaar voor hem. Waar Langemeijer zich vooral bezighield met uitleg van de tekst van een individuele materiële strafbepaling (zoals bijvoorbeeld het ‘hinderlijk volgen’, een beroemd voorbeeld uit die dagen²⁷¹), ging het Melai om interpretatie in relatie tot rechtsvorming in veel bredere zin, eerder los van de tekst van een individuele bepaling. Waarschijnlijk zijn de door Wiarda en Hirsch Ballin genoemde ontwikkelingen hiervoor de verklaring. Daarbij moet worden bedacht dat de rechtswerkelijkheid in de jaren zestig een totaal andere was dan in de jaren dertig. In wezen is hier ook voor het strafrecht de stap gemaakt van rechtsvinding in engere zin, in de zin van interpretatie van de wettekst, naar rechtsvinding in ruimere zin, te weten in de zin van rechtsvorming, waarbij rechtsbeginselen en rechtsnormen afkomstig uit verdragen bij de interpretatie van de wet worden betrokken. Martens sprak in zijn afscheidsrede als president van de Hoge Raad in 2000 over een ontwikkeling in de rechtsvorming van het oplossen van ‘technische kwesties’ (vage normen) naar het oplossen van ‘maatschappelijke kwesties’ (vragen die wezenlijk van wetsuitleg verschillen).²⁷² De rechtsvinding was vrijer, autonomer, geworden.²⁷³

2.3 Opmars van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad vanaf de jaren tachtig

In 1978 stelde Hondius in zijn dissertatie nog dat in de discussie over rechtsvorming werd miskend dat de Hoge Raad hierin ook een taak heeft,²⁷⁴ maar dat zou niet lang meer opgaan.

In die tijd begon de juridisering van de samenleving, gepaard gaande met een groeiende werkbelasting van de Hoge Raad.²⁷⁵ Dat gold niet in de laatste plaats het

270 Enkele jaren later, in het begin van de jaren zeventig, betoogde Van Veen dat het juist het strafprocesrecht was waarvoor de invoering van toetsing aan het ‘recht’ de meeste betekenis had en wel wanneer geen vormvoorschrift maar wel een rechtsbeginsel van strafprocesrecht zou zijn geschonden. Hij signaleerde toen dat de Hoge Raad na 1968 in niet-controversiële kwesties de lagere rechter wat strenger was gaan controleren. Anderzijds vond hij dat de Hoge Raad terughoudend was in kwesties waarin de wetgever zich niet duidelijk had uitgelaten. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad liet hij zich echter niet expliciet uit. Zie Van Veen, 1981:15-16.

271 Zie Langemeijer, 1937:40-41, sprekend over een arrest van 23 januari 1928, waarbij stakers enkele werkwilligen hadden gehinderd door voor ze uit te fietsen, kennelijk in een poging zich niet schuldig te maken aan ‘hinderlijk volgen’. De Hoge Raad sanctioneerde echter het oordeel van de laatste rechter dat dit als ‘hinderlijk volgen’ kon worden beschouwd. Langemeijer meende dat de rechter het artikel hier had toegepast ‘zooals het in wezen is, met negatie van de indifferente beperkingen’, ofwel extensief had geïnterpreteerd.

272 Martens, 2000.

273 Zie hierover ook De Jong, 1985:7.

274 Zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:159, verwijzend naar Hondius, 1978:nr. 274 e.v.

275 Zie bijvoorbeeld Schuyt, 1988:297-298. Niet alleen de Hoge Raad had last van groeiende werkdruk, maar dit gold voor het hele rechtsapparaat.

terrein van het strafrecht. Deze werkdruk leidde tot een voortdurende zoektocht naar mogelijkheden die toenemende instroom van zaken de baas te blijven, tegen de achtergrond van de vraag wat nu eigenlijk de taken van de Hoge Raad zijn en hoe zich die tot elkaar verhouden. Vooral vanaf het midden van de tachtiger jaren bleek dat de rechtsvorming, ook wel rechtsontwikkeling genoemd, daarbij de overhand had gekregen.²⁷⁶ Een ontstuitbare opmars naar de uiteindelijke invoering van een (vooralsnog) beperkt verlostelsel begon. Een reeks van wetswijzigingen maakte het de Hoge Raad enerzijds gemakkelijker zijn zaakvoorraad min of meer de baas te blijven, maar beperkte anderzijds zijn rechtsbeschermende werkzaamheden. De Hoge Raad zelf speelde in die ontwikkeling een doorslaggevende rol.²⁷⁷

2.3.1 *De doorbraak van rechtsvorming als belangrijkste taak van de Hoge Raad*

In 1988 was het 150-jarig bestaan van de Hoge Raad aanleiding voor een stortvloed aan wetenschappelijke beschouwingen over (onder meer) de taken van de Hoge Raad en de doelen van de cassatierechtspraak.²⁷⁸ In die beschouwingen bleek de aandacht voor de rechtsvormende taak overheersend. Veelzeggend is de subtitel van een van de twee bundels die naar aanleiding van dit jubileum verschenen: ‘De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer’²⁷⁹ – een door de Hoge Raad zelf gekozen thema.²⁸⁰ Vele auteurs wezen in hun artikelen in genoemde bundel op de noodzaak van rechtsvorming. Slechts een enkeling wees op het belang van rechtsbescherming. Zo zag Schaffmeister,²⁸¹ auteur van de strafrechtelijke bijdrage, het primaire doel van de cassatie in de rechtsbescherming, de ‘Einzelfall-gerechtigkeit’, al erkende hij dat ook in de cassatiepraktijk in strafzaken sprake is van rechtsvorming. In de civielrechtelijke hoek was het Snijders²⁸² die aandacht vroeg voor de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad. Hij vond dat door de voortdurende aandacht voor de rechtsvorming het belang van de overige cassatiefuncties dreigde te worden miskend.²⁸³ Hij benoemde als eerste wetenschapper naast de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling uitdrukkelijk en met

276 Hondius zelf onderkende dat ook in zijn bijdrage aan de jubileumbundel De Hoge Raad der Nederlanden. Zie in die bundel Hondius, 1988:244-245.

277 Dat was overigens niet voor het eerst. Ook de wetswijziging van 1963 was goeddeels op voorstel van de Hoge Raad tot stand gebracht. Zie hierover Schaffmeister, 1988. Deze bijdrage is de enige specifiek strafrechtelijke uit wetenschappelijke hoek in de jubileumliteratuur.

278 Zie voor een compleet overzicht en bespreking daarvan Snijders, 1988:1602-1632.

279 De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer. Uitgegeven door W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1988.

280 Zo blijkt uit het voorwoord van de symposiumcommissie die de bundel samenstelde. Zie p. V.

281 Schaffmeister, 1988:65-122. Hij vond overigens het ontbreken van een wettelijke basis voor de rechtsvormende taak problematisch, gelet op de wettelijke binding van de strafrechter aan het legaliteitsbeginsel, en verweet met name de wetgever een gebrek aan theoretische onderbouwing.

282 Destijds hoogleraar burgerlijke recht te Rotterdam.

283 Als eerste had hij eerder al naast de aloude functie van het bewaken van de rechtseenheid en de nieuwere functie van rechtsontwikkeling, uitdrukkelijk de rechtsbescherming als functie van het Nederlandse cassatie-instituut benoemd. Daarover meer in het onderdeel over de rechtsbeschermende taak.

zoveel woorden de rechtsbescherming als een derde, gelijkwaardige taak voor de Hoge Raad: 'Kunnen wij het ons permitteren enerzijds de justitiabele wél voor het karretje van de cassatie te spannen maar anderzijds weinig aan zijn belangen gelegen te laten liggen?'²⁸⁴

Boeschoten, die in de feestbundel van de Hoge Raad uit 1988 de advocatuur middels zijn bijdrage vertegenwoordigde, verwoordde het rechtsbeschermingsbelang als volgt:

'Voor de cassatieadvocaat weegt dan ook dikwijls zwaarder dat het cassatie-instituut de mogelijkheid biedt een moeilijke of belangrijke zaak voor te leggen aan een hoogste college van bijzonder gekwalificeerde rechters, en wordt het typische kenmerk dat de cassatierechter niet opnieuw over de feiten oordeelt soms eerder als een onnodige belemmering dan als een zinvolle beperking ervaren'.²⁸⁵

De Hoge Raad nam zelf ook deel aan dit wetenschappelijke debat.

Ras, destijds president, achtte de taak van de Hoge Raad 'geconcentreerd op het beantwoorden van rechtsvragen en op het controleren van de deugdelijkheid van de procedure'.²⁸⁶ Hij verwoordde de ook nu nog gangbare visie dat de beantwoording van rechtsvragen (ofwel: toepassing van de cassatiegrond van schending van het recht) samenhangt met de op rechtseenheid en rechtsontwikkeling gerichte functie van de Hoge Raad. In de controle op de naleving van vormvoorschriften (de andere cassatiegrond) zag hij het accent op de bescherming van de rechten van partijen, maar dat nam zijns inziens niet weg dat met die controle ook een belang van rechtseenheid en rechtsontwikkeling is gediend, omdat ook daarbij rechtsvragen aan de orde kunnen komen.

Moons, Ras' voorganger als president, benadrukte het legaliteitsbeginsel als remmende factor op rechtsvorming door de strafkamer.²⁸⁷ Hij meende dat de gebondenheid aan de wet op het terrein van het materiële strafrecht sterk moest zijn, omdat de rechtszekerheid en de individuele vrijheid anders gevaar zouden lopen – rechtsbescherming vóór rechtsvorming dus. Moons schreef echter ook dat de strafkamer zich op het terrein van het strafprocesrecht een grotere vrijheid tot creatieve interpretatie veroorloofde.²⁸⁸ Als reden daarvoor voerde hij aan, verwijzend naar G.E. Mulder, dat het afwijken van een vormvoorschrift de procesorde onder omstandigheden beter kan dienen dan strikte toepassing van de letter van de wet, die soms 'tot absurde of zelfs gewoon ondoelmatige resultaten zou leiden'.²⁸⁹

284 Snijders, 1988:1602-1632.

285 Van Boeschoten, 1988:237-251.

286 Ras, 1988:74.

287 Moons, 1988:87-106.

288 Zoals Van Veen een aantal jaren daarvoor ook al uitvoerig had beschreven. Zie Van Veen, 1981:383-394. Melai had het wat dat betreft achteraf gezien dus niet bij het rechte eind.

289 Moons, 1988:95.

2.3.2 *De rechtsbeschermende taak onder druk*

Na dit feestgedruis was het weer even stil,²⁹⁰ totdat aan het eind van de jaren negentig de draad werd opgepakt in het veelbesproken werk van Barendrecht, 'De Hoge Raad op de hei'.²⁹¹ Barendrecht bekritiseerde hierin de zijns inziens gebrekkige manier van rechtsvorming door de Hoge Raad. Dit gaf aanleiding tot een NJB-salon²⁹² en een NJB-themanummer²⁹³ in 2000. Nu bleef het niet meer bij de constatering dat de Hoge Raad een rechtsvormende taak had en hoe hij die invulde, maar werd onvrede uitgesproken over de beperkte wijze waarop hij daaraan gestalte kon geven. De centrale vraag was of de rechtsvormende taak van de rechter in de traditionele manier van cassatierechtspraak nog wel voldoende uit de verf kwam.²⁹⁴ De Hoge Raad is immers altijd afhankelijk van de zaken die hem worden voorgelegd.

Uit de verschillende bijdragen bleek dat het bestaan van de rechtsbeschermende taak alom erkend werd, maar dat men vrijwel unaniem van mening was dat aan de rechtsvormende taak het grootste gewicht toekwam.²⁹⁵ De auteurs meenden dat de Hoge Raad aan die taak veel meer aandacht zou moeten geven, desnoods ten koste van zijn andere taken. Dit gold voor de strafrechtelijke auteurs nu niet minder meer dan voor de civielrechtelijke.²⁹⁶

Van de vroegere terughoudendheid ten aanzien van rechtsvorming op strafrechtelijk terrein was niet veel meer over. De Hullu meende dat in het strafrecht behoefte bestaat aan meer rechtsvorming, vooral in gevallen van onduidelijkheid in de rechtspraak, of bij rechtsvragen die bovenal zo snel mogelijk moeten worden beslist. Hij betoonde zich daarom voorstander van een veel actiever gebruik van het

290 Vermelding verdient hier dat in 1989 de aan C. Bronkhorst aangeboden bundel *De derde rechtsingang nader bekeken* verscheen, waarin o.m. A.J.A. van Dorst in zijn bijdrage Rechtsbescherming en doelmatigheid in cassatie stelde dat gezien de wetsgeschiedenis art. 101a RO niet wezenlijk afbreuk deed aan de rol van de Hoge Raad als hoogste rechter in het geding (Van Dorst, 1989:112).

291 Barendrecht, 1998. In dit werk werd de rechtsvorming vanuit de managementtheorie bekeken.

292 Gehouden op 18 februari 2000.

293 NJB 31 maart 2000 (afl. 13), p. 687-721. Het thema van de Salon was ingeleid door J.B.M. Vranken met het artikel Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters. NJB 2000, afl. 1.

294 Een aantal deelnemers aan de salon vond dat rechtsvorming minder afhankelijk moest worden van de zaken die toevallig aan het oordeel van de Hoge Raad onderworpen worden. Dit probleem, dat de Hoge Raad zich over bepaalde onderwerpen niet kan uitspreken omdat zich geen daartoe geschikte zaken aandienen, speelt met name in de civiele kamer. Zie hierover ook hieronder sub 4.d *Het rapport van de Commissie Hammerstein*.

295 Waarbij wordt uitgegaan van een ruim begrip rechtsvorming in die zin, dat kennelijk tot uitgangspunt wordt genomen dat de rechter in iedere uitspraak met een zekere precedentwaarde rechtsvorming bedrijft, aldus Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:160. Dit lijkt inderdaad op wat Snijders in zijn essay uit 1988 als rechtsvorming heeft omschreven (zie Snijders, 1988:1614).

296 Voor een overzicht van civielrechtelijke publicaties op dit terrein verwijzen wij naar Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:160, noot 1.

instrument van de cassatie in het belang der wet.²⁹⁷ Rozemond wees met instemming op de voorafgaande beschouwingen, die de Hoge Raad in zijn strafrechtspraak steeds vaker gebruikt als instrument om zijn rechtsvormende taak inhoud te geven.²⁹⁸

De preliminaire vraag, óf wel gestreefd zou moeten worden naar verruiming van de rechtsvormende rol van de rechter, werd slechts door een beperkt aantal deelnemers aan de Salon gesteld. Ten Kate,²⁹⁹ Haak³⁰⁰ en Drupsteen³⁰¹ waren van mening dat rechtsvorming primair de taak is van de wetgever en dat rechterlijke rechtsvorming het karakter moet behouden van een noodzakelijk bijproduct van geschillenbeslechting.³⁰² Haak, die kort daarop president van de Hoge Raad zou worden, meende echter wel dat de Hoge Raad zou kunnen groeien in de door Barendrecht bepleite rol van coach, voorbeeld en inspirator van de lagere rechter en wees in dat verband op de veranderde werkwijze van de strafkamer van de Hoge Raad, die er noodgedwongen toe was overgegaan.

‘uit de stroom van zaken er die uit te nemen, welke voor de rechtsvorming en de rechtseenheid van belang zijn en om, behoudens die welke uit een oogpunt van rechtsbescherming tot vernietiging leiden, een stijgend aantal zaken met een eenvoudige motivering (art. 101a RO) te verwerpen’.³⁰³

Martens ten slotte, de toen scheidende president, deed in zijn afscheidsrede de voorlopig laatste duit in het zakje van deze discussieronde. De voor het hier besproken onderwerp belangrijkste opmerking is te vinden in een voetnoot:

‘Rechtsvorming moge het fascinerendste facet van het werk van de cassatierechter zijn, het is niet het belangrijkste. De Hoge Raad is – en blijve zolang mogelijk – in de eerste plaats rechter in laatste aanleg. Hij is er voor partijen. Wetsuitleg en rechtsvorming zijn, eveneens als rechtseenheid, maar een bijproduct’.³⁰⁴

Wellicht vond deze opvatting in de hier beschreven periode meer weerklank dan uit de bijdragen aan de Salon naar voren komt: Vranken stelde in 2009 dat de opvatting, dat de Hoge Raad eerst en vooral recht dient te doen in individuele gevallen en dat

297 De Hullu, 2000:717-718. Twee jaar later expliciteerde hij zijn voorkeur voor de rechtsvormende taak door te stellen boven de rechtsbeschermende taak, al wilde hij de keus zo lang mogelijk uitstellen. Zie De Hullu 2002:301-305. Daarmee was hij toch wel verwijderd geraakt van zijn eerdere standpunt zoals neergelegd in zijn dissertatie (De Hullu, 1989), waarin hij de mogelijkheid van een herkansing als vermoedelijk wezenlijk voor ons cassatiestelsel noemde, vanwege de aanvaardbaarheid van de strafrechtelijke beslissing voor vooral de verdachte.

298 Rozemond, 2000:706-712.

299 Destijds procureur-generaal bij de Hoge Raad.

300 Destijds raadsheer in de Hoge Raad.

301 Destijds hoogleraar staats- en bestuursrecht en lid van de Raad van State.

302 Zie het verslag van de discussie in de Salon door Peter Rijpkema (rechtsfilosoof aan de VU) (Rijpkema, 2000:719-721). Barendrecht vond dit getuigen van ‘een wel erg beperkte visie’ en suggereerde zelfs een apart orgaan te scheppen voor rechtsvorming. Zie Barendrecht, 2000:696-697.

303 Haak, 2000:713-714.

304 Martens, 2000:754.

rechtsvorming niet meer is dan een bijproduct van deze primaire opdracht, ‘tot voor kort’ de gangbare was.³⁰⁵

Desalniettemin zou voorzichtig geconcludeerd kunnen worden dat waar de Hoge Raad in de jaren tachtig de aanjager van veranderingen was, het rond het millennium de wetenschappers waren die meer voelden voor verdere aanpassingen in de cassatieprocedure dan de leden van Hoge Raad, die vooral wezen op de grenzen van de rechtsvormende mogelijkheden van de rechter. Maar die schijn kan bedriegen, getuige de belangrijke rol die de Hoge Raad steeds heeft gespeeld bij het invoeren van nieuwe wetgeving. Vanaf het midden van de jaren tachtig was dat wetgeving die kan worden geplaatst in een proces van het langzaam maar zeker toewerken naar een systeem waarin hij alleen die zaken behandelt die dat naar zijn oordeel waard zijn. Die wetgeving had belangrijke gevolgen voor de rechtsbescherming.

2.4 De Hoge Raad op weg naar het zelf bepalen van zijn agenda

2.4.1 *Invoering van de verkorte motivering*

Al vanaf het midden van de jaren tachtig begon de werklast van de strafkamer van de Hoge Raad repercussies te hebben voor zijn rechtsbeschermende taak. Een belangrijk moment was de inwerkingtreding van artikel 101a RO, het huidige artikel 81 RO, in 1988.³⁰⁶ Het werd mogelijk een klacht ongegrond te verklaren met het enkele weergeven van deze bepaling, die inhoudt dat de klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot de beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Ietwat eufemistisch pleegt dit als ‘verkorte motivering’ te worden betiteld. Deze nieuwe wet was een gevolg van een initiatief van Ras en Ten Kate, toen respectievelijk vice-president en advocaat-generaal bij de Hoge Raad.³⁰⁷ Uit de memorie van toelichting kwam naar voren dat de Hoge Raad geconfronteerd werd met een belangrijk aantal middelen die geheel waren toegesneden op de omstandigheden van het concrete geval; veelal motiveringsklachten.³⁰⁸ Door de grote toestroom van (onder meer) dergelijke zaken, was de werklast van de Hoge Raad verzwaard en waren achterstanden ontstaan. Dat achtte de Minister voldoende legitimatie om toepassing te geven aan de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 121 Grondwet, waarin de rechterlijke motiveringsplicht is opgenomen. De zo vrijkomende tijd kon ten goede komen aan wat de wetgever als de hoofdtaken van de Hoge Raad betitelde, te weten het waken

305 Vranken, 2009:1086.

306 Eerder al, in 1986, was de mogelijkheid van afdoening in 3-kamers ingevoerd. Deze wijziging blijft hier, vanwege haar geringe belang voor de rechtsbescherming, verder buiten beschouwing. Dat geldt ook voor enkele latere wijzigingen van ondergeschikt belang, waarbij onder meer de indieningstermijn voor cassatiemiddelen werd verkort. Daarmee is overigens niet gezegd dat die wijziging niet lastig en soms ook nadelig was en is voor de advocatuur, zeker nu de Hoge Raad niet of nauwelijks verlengingen van die termijn toestaat.

307 Zie hierover Haak, 2000:207.

308 Kamerstukken II 1987-1988, 19 953, nr. 3, p. 3.

over de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling.³⁰⁹ Het effect van deze wet was groot.³¹⁰ Een verkapt verlofstelsel was ingevoerd, aldus Haak in 2003.³¹¹

2.4.2 *Invoering van de verplichte procesvertegenwoordiging*

Ook na invoering van de verkorte motivering en ondanks het feit dat daar veel gebruik van werd gemaakt, ervoer de Hoge Raad nog steeds problemen met de werklast. In 1995 stelde de Minister van Justitie daarom de Commissie werkbelasting Hoge Raad in (naar haar voorzitter ook wel de commissie Haak genoemd).³¹² De commissie kreeg tot taak de minister van advies te dienen omtrent de mogelijkheden tot beperking van de instroom van zaken bij de strafkamer, dan wel omtrent andere voorzieningen waardoor de belasting van de strafkamer zou worden beperkt. Haak merkte later op dat alle leden van de commissie het erover eens waren dat de werklast eigenlijk niet het echte argument was: 'in werkelijkheid ging het er natuurlijk om de voor de rechtseenheid en rechtsvorming minder belangrijke zaken van de Hoge Raad weg te houden'.³¹³ Eind 1996 verscheen het eindrapport, getiteld 'De toegang tot de cassatierechter in strafzaken'. Daarin adviseerde de commissie onder meer de invoering van verplichte procesvertegenwoordiging.³¹⁴ Voor een verlofstelsel werd vooralsnog geen aanleiding gezien.

De wetgever nam de aanbevelingen van de commissie gedeeltelijk over en de verplichte procesvertegenwoordiging werd ingevoerd op 1 oktober 2000.³¹⁵ Dat ging niet zonder slag of stoot. De Hullu wees er in 2002 op dat de veelvuldige en uitvoerige reacties op dit wetsvoorstel blijk gaven van de wens de klassieke vormgeving van de cassatie te behouden: 'Het liefst wilde men alles zoveel mogelijk bij het oude laten en als het niet anders kon een overzienbare beperking aanbrengen'.³¹⁶ Hij haalde als typerend voorbeeld het kamerlid Van Oven aan, die had opgemerkt dat eventuele wijzigingen ten koste mochten gaan van de rechtsontwikkeling noch van de rechtsbescherming. De Orde van Advocaten had een

309 MvA, Kamerstukken II 1987-1988, 19 953, nr. 5, p. 2. De leden van het parlement waren op dit punt kritisch geweest. Uit de kamerstukken blijkt overigens ook dat de Orde van Advocaten negatief over het wetsvoorstel had geadviseerd.

310 Uit de dissertatie van Pinckaers kan worden afgeleid dat de Hoge Raad art. 101a (oud) RO in de eerste drie jaar van het bestaan daarvan in ongeveer 360 zaken toepaste. Uit het jaarverslag van de Hoge Raad over 2011 blijkt dat dat in dat jaar gebeurde met 1165 van de 2319 zaken waarin middelen werden ingediend.

311 Haak, 2003:207.

312 De commissie bestond uit overigens mede uit 'buitenstaanders' als J. de Hullu, B.E.P. Myjer en A.M.M. Orie.

313 Haak, 2003:209-210. Hij voegde daaraan toe dat dit ook duidelijk blijkt uit de motivering en de uitkomst van het rapport.

314 Daarnaast behelsde het rapport voorstellen om bepaalde categorieën van lichte strafzaken van cassatie uit te sluiten, waaronder de Wet Mulder-zaken, die in niet onbelangrijke mate verantwoordelijk waren voor de toegenomen instroom. Ook werd het wenselijk geacht dat cassatiemiddelen alleen door een gespecialiseerde advocaat zouden kunnen worden ingediend.

315 Wet van 28 oktober 1999, Stb. 467.

316 De Hullu, 2002:301.

beperkte uitbreiding van de strafkamer bepleit om de overbelasting tegen te gaan. De nieuwe wet werd echter, als gezegd, desalniettemin aanvaard.

Als gevolg hiervan werden zaken waarin niet op de juiste wijze en tijdig middelen waren ingediend voortaan niet-ontvankelijk verklaard, waar ze voordien integraal ambtshalve werden beoordeeld. Het ging direct om grote aantallen: zo ongeveer de helft van alle ingestelde cassatieberoepen.³¹⁷ De rechtsbescherming door de Hoge Raad van deze rechtszoekenden viel eenvoudig weg.

2.4.3 *Sterke beperking van de ambtshalve cassatie*

Het rapport van de Commissie Werkbelasting Hoge Raad bevatte nog een voorstel dat repercussies zou krijgen voor de rechtsbescherming. De commissie adviseerde weliswaar de ambtshalve cassatie te behouden, maar wel in die zin dat daarvan slechts in uitzonderingsgevallen gebruik zou worden gemaakt. De minister van justitie, die eerst van plan was geweest de ambtshalve cassatie geheel af te schaffen, stelde zich uiteindelijk op het standpunt dat de Hoge Raad moest kunnen blijven casseren, maar alleen bij ernstige gebreken.³¹⁸

De Hoge Raad veranderde inderdaad zijn werkwijze ten aanzien van de ambtshalve cassatie. Het verslag van de Hoge Raad over de jaren 2003 en 2004 gaf blijk van een drastische terugtred: sinds de invoering van de verplichte schriftuur controleert de Hoge Raad, anders dan voorheen, niet alleen de door een rechtszoekende zelf ingediende schrifturen helemaal niet meer (die zijn immers niet-ontvankelijk), maar beperkt hij zich ook stevig bij de ambtshalve controle van de schrifturen van advocaten.³¹⁹ Als argument daarvoor werd genoemd dat aangenomen mocht worden dat de advocaat ‘weloverwogen kan bepalen en gemotiveerd onder woorden kan brengen met welke onderdelen van de bestreden beslissing de verdachte het niet eens is’.³²⁰ Mogelijk spelen hierbij, naast de wetsgeschiedenis, ook de rapportages van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 een rol, nu daarin een meer contradictoir strafproces werd gepropageerd. Daarbij moet echter wel worden opgemerkt dat deze onderzoekers voorstelden dat de ambtshalve cassatie zou blijven worden toegepast wanneer zou blijken van fundamentele unfairness in de gevolgde procedure of van elementaire fouten ten aanzien van het beslissingsschema van de artikelen 348/350 Sv.³²¹

317 Zie Haak, 2003:212.

318 Kamerstukken II 1998/99, 26 027, nr. 5, p. 6.

319 Keulen wijst op de verschillen tussen de beschrijvingen van de ambtshalve cassatie in verschillende versies van het standaardwerk over de strafrechtelijke cassatie, *Cassatie in Strafzaken* (oorspronkelijk geschreven door Von Brucken Fock en Van Dorst samen, tegenwoordig door alleen Van Dorst). Kort gezegd werd in 1982 nog gesteld dat ambtshalve vernietiging plaatsvond bij vrijwel iedere aangetroffen onterecht lijkende beslissing of het ten onrechte achterwege gebleven zijn van een beslissing. In 2009 schrijft Van Dorst dat ambtshalve gecasseerd wordt ingeval van een onterechte veroordeling en, meer concreet, in ieder geval als sprake is van een vervolgingsuitsluitingsgrond, het feit niet strafbaar is, of de opgelegde sanctie geen wettelijke grondslag heeft. Zie Keulen, 2012:54.

320 Jaarverslag 2003-2004:34. Zie over de beperking van de ambtshalve cassatie nader Van der Wilt en Tjong, 2006:303-319, in het bijzonder p. 308.

321 Groenhuijsen en Knigge, 2004:159-160.

Bij de doelstelling van het strafrecht past de zeer beperkte toepassing van de ambtshalve cassatie in ieder geval slecht³²² en opnieuw is een deel van de individuele rechtsbescherming weggevalen.

2.4.4 *Het rapport van de Commissie Hammerstein*

Aan het begin van de volgende stap stond het Eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht (getiteld ‘Uitgebalanceerd’), waarin voorstellen waren gedaan om de civiele kamer van de Hoge Raad meer te laten toekomen aan zijn rechtsvormende taak en de werklast te beperken.³²³ Dat gaf de Minister van Justitie aanleiding tot het instellen van de Commissie normstellende rol (naar haar voorzitter ook wel de Commissie Hammerstein). Deze Commissie was samengesteld uit ambtenaren van het Ministerie van Justitie en leden van de Hoge Raad en kreeg als opdracht mee – haar naam zegt het al – voorstellen te doen om de normstellende rol van de Hoge Raad te versterken. Daarmee gaf de (latere) wetgever alvast een sterk signaal af: kennelijk mocht de Hoge Raad niet alleen het recht vormen, maar zelfs normen stellen. Bovendien kennelijk ook meer en beter dan voorheen.

In 2008 publiceerde de commissie een rapport getiteld ‘Versterking van de cassatierechtspraak’.³²⁴ Zij meende – in lijn met haar opdracht – dat het accent in de cassatie-rechtspraak ‘nog meer dan nu al het geval is, moet komen te liggen op rechtseenheid en rechtsontwikkeling’, al zag zij tevens een taak op het gebied van de rechtsbescherming.³²⁵ Zij stelde voor te komen tot een stelsel van ‘selectie aan de poort’, waarbij ‘voor cassatie ongeschikte zaken’ wegens gebrek aan belang niet-ontvankelijk zouden worden verklaard – ook als zij wel tot cassatie zouden kunnen leiden. Voor cassatie geschikt achtte zij zaken waarin juridisch richtinggevende uitspraken kunnen worden gedaan en die waarin ingrijpen uit een oogpunt van aanvaardbaarheid en kwaliteit van de uitkomst van de individuele zaak noodzakelijk is.³²⁶ De Commissie meende vanuit dat oogpunt dat de ‘soms wel erg minutieuze

322 In de MvT bij het eerste Nederlandse Wetboek van Strafvordering van 1830 werd een van de doelen daarvan als volgt omschreven: ‘te zorgen dat (...) naar alle menselijke berekening, de onschuldige nimmer zoude behoeven beducht te zijn een slachtoffer te worden van dwaling’. Zie De Hullu, 1989:1. Zie ook Keulen, die stelt dat de centrale strafvorderlijke doelstelling is dat het materiële strafrecht juist wordt toegepast en dat daarbij zou passen dat de cassatierechter ambtshalve casseert als er fouten zijn gemaakt die wezenlijke twijfel aan de juistheid van de veroordeling oproepen. Keulen, 2012:55.

323 Dit rapport was opgesteld door een onderzoeksgroep bestaande uit W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, met medewerking van I.N. Tzankova. De opdracht hiertoe werd in 2001 verstrekt door de Minister van Justitie, naar aanleiding van de behandeling van het wetsvoorstel tot herziening van het procesrecht in burgerlijke zaken (Wet van 6 december 2001, Stb. 2001, 580). Tijdens de behandeling daarvan werd vanuit de Tweede Kamer, op haar beurt geïnspireerd door de civielrechtelijke vakliteratuur, aangedrongen op dergelijk onderzoek. Zie o.m. Kamerstukken II 2000, 26855, nr. 4, verslag 14 april 2000.

324 *Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de Commissie normstellende rol* (naar haar voorzitter ook wel genaamd de Commissie Hammerstein), Den Haag, februari 2008.

325 Rapport, 2008:12.

326 Rapport, 2008:41.

wijze waarop thans invulling wordt gegeven aan de rechtsbeschermende taak' niet echt nodig was en stelde daarom voor in de toekomst alleen nog te vernietigen wegens een fout van de feitenrechter als de betrokkene door die fout 'significant nadeel' zou leiden. De rechtsbescherming in het individuele geval diende volgens de Commissie meer de functie te krijgen van het bewaken van de kwaliteit van de rechtspraak.³²⁷ Op de rechtsbescherming zou dus opnieuw worden ingeleverd.

Hoewel dit rapport voortkwam uit zorgen onder civilisten, die een gebrek aan rechtsvorming door de Hoge Raad ervoeren, had het betrekking op de hele Hoge Raad en dus ook op de strafkamer.³²⁸ Erg verwonderlijk was dat niet, gezien de daar al lang levende wens zich van de bulk aan als onbelangrijk en zelfs zinloos ervaren zaken te ontdoen. Een gebrek aan rechtsvorming door de strafkamer was niet zozeer het punt. Niet lang daarvoor had de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 nog geconcludeerd dat voor invoering van een verlofstelsel vooralsnog geen grond bestond en dat daarvoor ook in de toekomst geen andere reden te voorzien was dan capaciteitsproblemen.³²⁹ Ook in het eindrapport van die onderzoeksgroep werd niet gepleit voor wezenlijke wijzigingen in de taken van de cassatierechter. Evenmin werd in dit rapport, of elders,³³⁰ geconstateerd dat sprake zou zijn van een tekort aan rechtsvorming door de Hoge Raad.

2.4.5 *Stellingname van de Hoge Raad over selectie aan de poort*

In het nieuwe millennium had de Hoge Raad onverkort doorgemopperd over de last van onbelangrijk geachte zaken. Regelmatig bleek uit diverse publicaties³³¹ en

³²⁷ Rapport, 2008:12.

³²⁸ Tijdens de behandeling van het uiteindelijke wetsvoorstel kwam het verschil aan problematiek in de sectoren aan de orde. In de Nota n.a.v. het Verslag stelde de Minister dat in alle drie de sectoren van de Hoge Raad en het parket dezelfde ontwikkelingen plaatsvinden, te weten taakverzwaring door toename van de complexiteit en bewerkelijkheid van een deel van de zaken en een toename van kansloze of voor cassatie ongeschikte zaken. Kamerstukken II 2011, 32 576, nr. 5, p. 7.

³²⁹ Stamhuis, 2002:301.

³³⁰ Wel was sprake van kritiek op de wijze waarop hij rechtsvormende uitspraken motiveerde, zie m.n. Rozemond, 1998.

³³¹ Zo stelde Haak, toen inmiddels president, de vraag of de rechtsbeschermende taak in de toekomst gehandhaafd moest worden. Hij vond van wel, maar onder een voorwaarde: 'Er zou een evenwicht gevonden moeten worden tussen belangrijke zaken die niet, en "onbelangrijke" zaken die wel van cassatie behoren te worden uitgesloten.' Zie Haak, 2003:205. Van Schendel, lid van de strafkamer, stelde in een artikel in 2007 dat strenge handhaving van aan cassatiemiddelen te stellen eisen en een (nog) uitgebreidere toepassing van art. 81 RO methoden zouden zijn om de Hoge Raad gelegenheid te verschaffen zich op meer fundamentele uitspraken te richten. Zie Van Schendel, 2007:111-114. Tijdens en na het NVSA-congres van december 2006 werden de strafrechtadvocaten uitdrukkelijk gewaarschuwd dat een verlofstelsel onvermijdelijk zou zijn, wanneer zij niet zou bijdragen aan een aanmerkelijke vermindering van de hoeveelheid ondermaatse cassatieklachten. Zie Van Dorst en De Hullu, 2007:39-46 en Corstens, 2007:33-38.

jaarverslagen³³² dat een verdere beperking van de instroom noodzakelijk werd geacht – en er ook aan zat te komen.

Ook toen na de publicatie van het voorontwerp van wet waarin (onder meer) de selectie aan de poort werd geregeld in het najaar van 2008 discussie in de buitenwereld losbarstte³³³ liet de Hoge Raad van zich horen. Steeds duidelijker werd dat hij zoveel mogelijk de vrije hand wil bij het selecteren van zaken om zodoende zijn eigen agenda te kunnen bepalen. Het ging hem niet zozeer om de werkdruk, maar om het fundamentele punt van het zich bezig willen houden met zijn belangrijkste taak – de rechtsvormende.

Het jaarverslag van de Hoge Raad over 2007 en 2008, dat uitkwam in juni 2009, was een ware reclamezuil voor het wetsvoorstel. Het voorblad bevatte de uit het rapport van de Commissie Hammertein afkomstige tekst: ‘Een vorm van selectie versterkt het gezag van de Hoge Raad en bevordert de kwaliteit van de rechtspraak’ in kapitale letters. In het eerste hoofdstuk, getiteld ‘Kwaliteit van de rechtspraak’, stelden de president van de Hoge Raad, Corstens, en de procureur-generaal, Fokkens, dat het erom ging de cassatieprocedure zo in te richten ‘dat de Hoge Raad zijn bijzondere positie in het rechtsbestel kan optimaliseren’. Door aan de grote bulk van onbelangrijke zaken minder aandacht te geven, verwachtten zij dat de Hoge Raad de zaken die er wel toe doen van een betere motivering zou kunnen gaan voorzien. Als zaken waarvoor in cassatie eigenlijk geen plaats is werden in het jaarverslag (in navolging van het rapport) twee categorieën genoemd: ten eerste die, waarin met de beslissing van de feitenrechters niets mis was, en ten tweede die, waarin zich slechts kleine, voor de uitkomst van de zaak niet doorslaggevende, gebreken hadden voorgedaan.³³⁴ In het specifiek op de strafkamer toegespitste deel

332 In het jaarverslag over de jaren 2003 en 2004 werd vooropgesteld dat het recht er is voor de burger, maar werd erop gewezen dat het vooral aan de feitenrechters is hem in zijn gepretendeerde rechten te beschermen, terwijl bij de Hoge Raad een ander accent ligt, te weten het waarborgen van de rechtseenheid in de rechtsontwikkeling. In de algemene beschouwingen werd ook gewezen op het feit dat (nog steeds) een te groot deel van de instroom van zaken neerkwam op een betwisting van feiten die door de lagere rechter waren vastgesteld. In het jaarverslag over 2005 en 2006 werd bijna gepassioneerd over de rechtsbeschermende taak gesproken: ‘De Hoge Raad hecht er zeer aan dat het belang van de rechtsbescherming mede tot zijn taken blijft behoren. De individuele rechtvaardigheid is een belang dat niet alleen het individu dient, maar dat een vereiste is om van een rechtsorde te kunnen spreken. We behoeven maar naar dictatoriale regimes of stuurloze anarchieën, zonder behoorlijke rechtspraak en met veelvuldige veronachtzaming van individuele (mensen)rechten te kijken, om te zien dat een beschaafde maatschappij zonder een uitgewerkt systeem van rechtsbescherming niet kan bestaan.’ Herhaald werd echter dat de voorafgaande controle door de feitenrechters een meer marginale toetsing en het stellen van eisen aan de ernst van het geschonden belang door de Hoge Raad rechtvaardigt.

333 Zo vond bijvoorbeeld op 14 december 2009 het symposium ‘Het zwijgen van de Hoge Raad’ plaats, georganiseerd door de Universiteit Leiden, waarbij het voorgenomen selectiestelsel werd bediscussieerd. Rond dezelfde tijd verschenen de bundels *Het zwijgen van de Hoge Raad* (Castermans, Houben, Jansen, Memelink en Nieuwenhuis, 2009) en *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad* (Huls, Loth, Camps et al., 2009), n.a.v. een gelijknamig symposium van het Ministerie van Justitie en de Erasmusuniversiteit Rotterdam op 27 november 2008. Op 4 juni 2010 organiseerde de Universiteit van Utrecht het congres ‘De Hoge Raad in 2025’.

334 Hoge Raad, Jaarverslag 2007-2008:9, gepubliceerd op <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Documents/jaarverslag%202007.pdf>.

van het jaarverslag werd, ‘ter illustratie’ van wat eigenlijk niet bij de Hoge Raad thuishoort, gewezen op de zaken die in de verslagperiode op de voet van artikel 81 RO waren afgedaan.³³⁵ Ook werd betoogd dat de verschillende taken van de Hoge Raad in één beslissing kunnen samenkomen, bijvoorbeeld doordat in een zaak waarin aan een individu rechtsbescherming wordt geboden, ook een belangrijke bijdrage aan de rechtsontwikkeling wordt geleverd.³³⁶ Als voorbeelden van zaken waarin de Hoge Raad invulling gaf aan zijn rechtsbeschermende taak en daarbij tevens voor de rechtsontwikkeling belangrijke uitspraken deed werden opmerkelijk genoeg geen zaken genoemd waarin een vormverzuim, c.q. het recht op een eerlijk proces aan de orde was – normaliter toch het terrein waarop de rechtsbeschermende taak geacht wordt tot uitdrukking te komen – maar zaken waarin het ging om de grenzen van toelaatbaar en strafrechtelijk verwijtbaar handelen – legaliteitskwesties dus. Concreet werden genoemd zaken over schuld aan een verkeersongeval en zaken waarin een beroep was gedaan op een strafuitsluitingsgrond.³³⁷

2.4.6 *Afschaffing van de rechtsbeschermende taak op komst?*

Loth, toen kersvers raadsheer in de Hoge Raad, wijdde in 2009 een uitvoerige beschouwing aan de positie van het college waarvan hij deel was gaan uitmaken.³³⁸ Hij concludeerde uit de groeiende instroom van zaken dat enerzijds in de samenleving een stijgende behoefte bestaat aan rechtsbescherming door de Hoge Raad, terwijl anderzijds de rechtsorde vraagt om sturing met rechtsvormende uitspraken die aan de feitenrechters duidelijke bakens bieden. Daarnaast stelde hij dat de Hoge Raad zelf behoefte heeft aan externe relevantie, nu zijn positie minder duidelijk is geworden temidden van het groeiend belang van supranationale gerechten en de machtsblokken van samenwerkende feitenrechters.³³⁹ Hij relativeerde het belang van de behoefte aan rechtsbescherming met de constatering dat daarachter niet altijd even respectabele motieven schuil gaan, zoals uitstel van executie of speculatie op strafvermindering door termijnoverschrijding. Maar overheersend was in zijn visie toch de gedachte dat de Hoge Raad allereerst de rechtsorde moet dienen met richtinggevende, goed gemotiveerde uitspraken en zich om die reden moet ontdoen van zaken die niet of nauwelijks precedentwerking hebben: ‘Wie wil dat de Hoge Raad meer sturing geeft in de rechtsorde, en wie meer relevantie nastreeft, kan er (op de duur) niet meer omheen dat de Hoge Raad dan

³³⁵ Jaarverslag 2007-2008:81-82.

³³⁶ Jaarverslag 2007-2008:84-94.

³³⁷ In de genoemde zaken werd weliswaar, voorzover de middelen slaagden, gecasseerd op motiveringsgebreken en derhalve wegens een vormverzuim, maar de weergave van de betreffende zaken en de beslissingen van de Hoge Raad daarin in het jaarverslag, illustreert treffend hoezeer de Hoge Raad hier in wezen zelf het stellen van de bedoelde grenzen ter hand nam.

³³⁸ Loth, 2009.

³³⁹ Zie over de behoefte aan externe relevantie vanuit historisch en rechtssociologisch perspectief ook Huls, 2009:11-23. In zijn optiek is de Hoge Raad na 1988 gemarginaliseerd doordat zijn rechtsvinding gebrekkig is, hij zich buiten de modernisering van de rechtspraak heeft gehouden en zowel nationaal als internationaal andere ‘hoogste’ rechters op het toneel zijn verschenen.

niet ook nog eens derde instantie kan zijn.³⁴⁰ Hij voorzag een ontwikkeling van een negatief verlofstelsel, waarin alle kansrijke zaken in beginsel worden ontvangen, naar een positief verlofstelsel naar het model van de Verenigde Staten. In dat systeem worden zaken alleen in behandeling genomen als de hoogste rechter daarvoor ‘compelling reasons’ ziet.³⁴¹ Loth bepleitte hierin te wezen dus (op den duur) de afschaffing van de individuele rechtsbescherming als zelfstandige grond voor cassatie door de Hoge Raad.³⁴²

Corstens lijkt niet ver van die lijn af te zitten. Tijdens het NVSA-congres in 2006 stelde hij dat op lange termijn niet aan een verlofstelsel te ontkomen zou zijn.³⁴³ In een lezing in 2009, naar aanleiding van het voorstellen van de Commissie Hammerstein, benadrukte hij weliswaar dat in die voorstellen de rechtsbescherming tot de taken van de Hoge Raad zou blijven behoren en er zelfs niet op achteruit zou gaan, maar hij zag die bescherming met name in duidelijke arresten, met oordelen van algemene strekking, waarbij ook de justitiabele die niet tot de Hoge Raad doorprocedeert gebaat is. Hij verzekerde zijn gehoor dat de Hoge Raad ook zou blijven ingrijpen wanneer de rechtszoekende in feitelijke aanleg ernstig tekort gedaan is, maar wanneer dat precies het geval was maakte hij niet duidelijk. Hij stelde dat de Hoge Raad graag autonoom is in de selectie, en eerst met de selectiecriteria enige ervaring op wil doen alvorens deze te publiceren.³⁴⁴

Hammerstein zelf liet nog een keer van zich horen, naar het leek een beetje geprikkeld door de kritiek dat de plannen de rechtsbescherming in gevaar zouden brengen. Mogelijk denkt hij in dezelfde richting als Corstens en Loth. Hij benadrukte weliswaar dat zijn commissie de rechtsbescherming wel degelijk als taak voor de Hoge Raad bleef zien, maar anderzijds viel uit zijn betoog af te leiden dat hij vond dat de Hoge Raad inmiddels, mede door de deur wijd open te zetten voor motiveringsklachten, te ver van zijn kerntaken is afgedreven en weer moet gaan doen waar hij werkelijk voor bedoeld is.³⁴⁵ En dat is niet het zijn van een derde instantie, maar van een rechterlijke instantie met een bijzondere opdracht. Ook hij ziet de rechtsbescherming als een bijproduct van die bijzondere taak en bovendien

340 Loth, 2009:10.

341 Aldus zou de behandeling van een cassatieberoep van een recht worden tot een uitoefening van rechterlijke beslissingsvrijheid. Hij ontleende aan de Amerikaanse auteur Perry de volgende redenen om een zaak al dan niet toe te laten: 1. precedentwerking; 2. het belang van de zaak; 3. (te) nauwe verwevenheid met de feiten; 4. rijpheid voor het nemen van een beslissing. Loth, 2009:11-12.

342 Wat in zijn visie overigens niet onmogelijk maakt dat de Hoge Raad soms toch zaken zou innemen die sterk aan het rechtvaardigheidsgevoel appelleren, nu ook de Supreme Court dat een enkele keer doet, ondanks de filosofie dat het er niet is ‘to right wrongs’: ‘de praktijk is soms harder dan de leer’. Loth, 2009:14.

343 Corstens, 2007:37.

344 Versterking van cassatierechtspraak. Voordracht G.J.M. Corstens gehouden bij de Voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht op 5 juni 2009. <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Pages/Versterking-van-de-cassatierechtspraak.aspx>.

345 Ook Loth noemt dit punt. Loth, 2009:7.

als niet-individueel: ‘Door veel aandacht te besteden aan rechtseenheid en rechtsontwikkeling doet de Hoge Raad bij uitstek aan rechtsbescherming.’³⁴⁶

De wetgever ten slotte, heeft in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel selectie aan de poort te kennen gegeven dat een verlofstelsel op een later moment niet ondenkbaar is.³⁴⁷

2.4.7 *Kritiek op het voorontwerp ‘selectie aan de poort’*

Hoewel de Commissie Hammerstein stelde dat haar voorstellen in samenspraak tot stand zijn gekomen en breed gedragen werden,³⁴⁸ ondervonden zij in de (strafrecht)wetenschap toch veel kritiek. Datzelfde gold voor het daarop gebaseerde voorontwerp – waarin het begrip ‘significant nadeel’ was vervangen door ‘te gering belang’.

Mevis vond dat de positie en de taak van de Hoge Raad fundamenteeler moeten worden doordacht. Hij achtte een vermindering van de rechtsbescherming door de Hoge Raad in beginsel wel acceptabel, maar waarschuwde dat daaraan voorwaarden moeten worden gesteld waaraan nog lang niet is voldaan. Hij onderscheidde drie randvoorwaarden voor een verschuiving naar een systeem van selectie aan de poort, te weten:

1. de wetgever moet zich daarover nadrukkelijk uitspreken en zich fundamenteel uitlaten over de taken van de Hoge Raad;
2. veel belangrijker nog is dat garanties bestaan dat de kwaliteit van de rechtspraak in hoogste feitelijke instanties voldoende op orde is en zal blijven, waarbij noodzakelijk is dat de jurisprudentie meer dan thans het geval is inzichtelijk en voorspelbaar is;
3. de uitspraken van de Hoge Raad zullen veel uitvoeriger en inhoudelijker moeten worden gemotiveerd dan thans het geval is.³⁴⁹

Zijn zorg gold met name het feit dat hij er niet van overtuigd was dat ‘de kwaliteit van de rechtspraak van de gerechtshoven voldoende is om, in het kader van de taak van de bewaking van de juiste naleving van het recht, er bij de Hoge Raad een onsje (laat staan meer) van af te doen.’³⁵⁰

Keulen beschreef de voorstellen in een uitvoerig artikel in Themis. Hij meende dat wel vast stond dat er op korte termijn iets moest gebeuren om de werklust van de Hoge Raad binnen de perken te houden, maar hij vond de keuze voor een selectie aan de poort, in plaats van voor een echt verlofstelsel, ambivalent. Enerzijds vond

³⁴⁶ Hammerstein, 2010:444.

³⁴⁷ Kamerstukken II 2011, 32 576, nr. 5, p. 6.

³⁴⁸ Zie het rapport *Versterking van de cassatierechtspraak*, 2008:8.

³⁴⁹ Zie Mevis, 2008:453-474.

³⁵⁰ Mevis, 2008:468. Ook Snijders wees overigens al op het feit dat de rechtsbeschermingsfunctie belangrijker wordt naar gelang de rechtspraak van de lagere rechter met minder institutionele waarborgen wordt omkleed. Zie Snijders, 1988:1622.

hij het maar de vraag of een daadwerkelijke verlichting van de werklast zou worden bereikt, omdat de cassatie een gewoon rechtsmiddel zou blijven en de Hoge Raad zich toch inhoudelijk over de zaken zou moeten blijven buigen. Anderzijds signaleerde hij dat het voordeel van de huidige cassatie, dat de rechtzoekende een antwoord krijgt op zijn klachten, verloren zou gaan. Hij zag daar een risico in voor de zorgvuldigheid en een breuk met de historische ontwikkeling, waarin de Hoge Raad juist steeds meer rechtsbescherming was gaan bieden. Hij kwam tot de conclusie dat in cassatie altijd zou moeten worden vernietigd wanneer door schending van een rechtsregel het door die regel beschermde (individuele) belang daadwerkelijk is geschonden.³⁵¹

De advocatuur stelde zich ronduit afwijzend op, waarbij het voornaamste kritiekpunt was dat de rechtsbescherming in het gedrang zou komen doordat in het selectiestelsel foute beslissingen van de feitenrechter in stand kunnen blijven en het criterium op basis waarvan dat gebeurt bovendien niet duidelijk is. Van Duijvendijk-Brand wees erop dat het partijbelang de motor is van de rechtsontwikkeling en dat het rechtersrecht daardoor wordt bepaald.³⁵² Zij vond de onduidelijkheid van het criterium aan de hand waarvan de Hoge Raad zou gaan selecteren bepaald problematisch in het licht van de advisering van advocaten aan hun cliënten.³⁵³ Zij vreesde dat hanteerbaarheid, voorspelbaarheid en daarmee rechtszekerheid in het geding zouden komen.

De Adviescommissie Strafrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten reageerde ongeveer langs gelijke lijnen.³⁵⁴ Zij bekeek de door de Hoge Raad in zijn jaarverslag over 2007-2008 gegeven voorbeelden van zaken die in de toekomst op de voet van artikel 80a RO zouden kunnen worden afgedaan en vreesde op grond daarvan dat in de toekomst ook zaken niet-ontvankelijk zouden worden verklaard waarin fouten van meer dan ondergeschikte betekenis waren gemaakt.³⁵⁵ De adviescommissie stelde voor het 'geringe belang' te vervangen door 'geen belang'.

351 Keulen, 2009:201-213. Keulen zag meer in maatregelen om het instellen van cassatieberoep minder aantrekkelijk te maken, door daaraan risico's te verbinden, zoals een kostenveroordeling of het achterwege laten van aftrek van reeds ondergane voorlopige hechtenis.

352 Van Duijvendijk-Brand, 2010:445. Van Duijvendijk-Brand is cassatie-advocaat bij Pels Rijkken te Den Haag.

353 Zij wees op het feit dat cliënten nogal eens geneigd zijn hun rekening niet te betalen als de Hoge Raad de zaak afdoet met een verwijzing naar art. 81 RO en voorzag dat datzelfde het geval zou kunnen zijn bij een niet-ontvankelijkverklaring. Dat zou voor advocaten reden kunnen zijn af te zien van het behandelen van cassatiezaken van particuliere cliënten, wanneer door de onduidelijkheid van het criterium een niet-ontvankelijkverklaring moeilijk voorspelbaar zou zijn.

354 Zie het Preadvies van de Adviescommissie Strafrecht over het rapport van 6 juli 2010, gepubliceerd op de website van de NOVA, [http://advocaten.advocatenorde.nl/NOVA/-NovWet.nsf/f8b21dae7df586dac12564a6004b5e76/b484a37154c41bfec125775b00463fb6/\\$FILE/AC%20Strafrecht.%20Def%20pre-advies%20cassatie%20in%20strafzaken%20\(Franken\)%206%-20juli%202010.pdf](http://advocaten.advocatenorde.nl/NOVA/-NovWet.nsf/f8b21dae7df586dac12564a6004b5e76/b484a37154c41bfec125775b00463fb6/$FILE/AC%20Strafrecht.%20Def%20pre-advies%20cassatie%20in%20strafzaken%20(Franken)%206%-20juli%202010.pdf).

355 De adviescommissie wees erop dat in een van de door de Hoge Raad als voorbeeld van een toekomstige niet-ontvankelijkheid gegeven zaken de advocaat-generaal tot vernietiging had geconcludeerd. De adviescommissie beschouwde dat als een indicatie dat een verzuim van meer dan geringe betekenis aan de orde was. Het betrof HR 7 oktober 2008, LJN: BD7257, waarin de HR een op zichzelf gegronde klacht over het verzuim op een verzoek tot het horen van

2.4.8 *Het wetsontwerp 'selectie aan de poort'*

In 2010 werd het wetsvoorstel dat de selectie aan de poort moest regelen, ingediend bij de Tweede Kamer.³⁵⁶ Het behelsde onder meer³⁵⁷ een nieuw artikel 80a RO, inhoudend dat de Hoge Raad – na kennisname van de schriftuur – een cassatieberoep niet-ontvankelijk kan verklaren als de aangevoerde middelen geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat de klager daarbij klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft, dan wel de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden.³⁵⁸

In de Memorie van Toelichting werd ter toelichting gesteld dat onder klachten die niet tot cassatie kunnen leiden een groot deel van de zaken zou vallen die voordien met artikel 81 Wet RO werden afgedaan. Bij het criterium van het 'klaarblijkelijk onvoldoende belang' moest worden gedacht aan gevallen waarin na verwijzing toch geen andere beslissing zou kunnen volgen. Als voorbeelden daarvan werden genoemd gevallen waarin de motivering van de feitenrechter niet helemaal vlekkeloos is of waarin kleine vormfouten zijn gemaakt, die echter op de uiteindelijke beslissing niet van invloed kunnen zijn geweest. Het voorstel zou daarmee 'in lijn' liggen met de voorstellen van de commissie Hammerstein. In een later stadium werd echter benadrukt dat het moest gaan om evidente gevallen.³⁵⁹ Voorts werd aangekondigd dat de Hoge Raad de criteria voor de selectie aan de poort nader zou ontwikkelen.³⁶⁰

In antwoord op vragen vanuit de Tweede Kamer werd gedurende de behandeling nog gesteld dat niet werd beoogd de Hoge Raad een eigen discretionaire bevoegdheid toe te bedelen waarbij hij aan de beoordeling van de ontvankelijkheid andere afwegingen dan de slagingskans ten grondslag zou mogen leggen. Ook werd toen geruststellend opgemerkt dat de Hoge Raad het beroep 'als thans, gewoon blijft beoordelen' en deze alleen sneller kan afdoen.³⁶¹ Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer luidde het dat geen sprake zou zijn van een minder vergaande

getuigen afwees nu hetgeen de getuigen zouden kunnen verklaren van geen belang was voor de uitkomst van de zaak.

356 Kamerstukken II 2010/11, 32 576, Wijziging van de Advocatenwet, de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten ter versterking van de cassatierechtspraak (versterking cassatierechtspraak).

357 Daarnaast werd voorgesteld eisen te stellen aan de cassatieadvocaten. Dit onderdeel van het voorstel blijft hier verder, als minder relevant voor het besproken onderwerp, buiten beschouwing. Ook werd een wetsvoorstel met betrekking tot het stellen van prejudiciële vragen ingediend, leidend tot het inmiddels ingevoerde art. 81a RO, waarin is geregeld dat de Hoge Raad daarvan 'kennis neemt'. Dat hij ze ook beantwoordt vermeldt de wet niet. Omdat prejudiciële vragen vooralsnog niet aan de strafkamer kunnen worden gesteld, blijft ook dit onderwerp hier buiten beschouwing.

358 Het criterium luidde anders dan in het eerdere voorontwerp, waarin van een 'te gering' belang werd gerept. In de MvT wordt hierover gezegd dat dit criterium lastig objectiveerbaar was en bovendien onduidelijkheid schiep over het niveau van rechtsbescherming dat de Hoge Raad beoogt te bieden. Kamerstukken II, 2010/11, 32 576, nr. 3, p. 18.

359 Kamerstukken I 2011/12, 32 576 C, p. 4.

360 Kamerstukken II, 2010/11, 32 576, nr. 3, p. 15.

361 Kamerstukken II 2010/11, 32 576, nr. 6, p. 16.

inhoudelijke toetsing en dat sprake zou blijven van een toetsing in volle omvang.³⁶² Dat laatste lijkt wel erg boud gesteld, als deze beoordeling – zoals op grond van het tweede lid van artikel 80a RO mag worden verwacht – louter aan de hand van de schriftuur plaatsvindt. Maar of de toetsing daadwerkelijk zo beperkt zal zijn mag worden betwijfeld, gezien het feit dat in de Memorie van Toelichting ook wordt gesteld dat ambtshalve cassatie ook in artikel 80a-zaken zou kunnen blijven plaatsvinden.³⁶³

Voorts zette de wetgever de drie taken van de Hoge Raad als cassatierechter nog eens op een rijtje, waarbij als voorbeeld van invulling van de rechtsbeschermende taak toetsing van de motivering van de feitenrechter op begrijpelijkheid werd genoemd. Ook hier werd benadrukt dat de verschillende taken elkaar veelal overlappen. In de Nota naar aanleiding van het verslag werd de visie van de wetgever op de rechtsbeschermende taak in cassatie duidelijker: 'Cassatierecht-spraak is uiteraard altijd gericht op rechtsbescherming, maar deze staat in de sleutel van rechtseenheid en rechtsontwikkeling en is niet bedoeld als een "derde instantie"'.³⁶⁴ Voor individuele rechtsbescherming dient vooral de feitenrechter te zorgen. Als een belangrijke oorzaak van de tot bijna onwerkbare hoogte gestegen aantallen cassatieberoepen werd opnieuw gewezen naar de advocatuur, die grote hoeveelheden kansloze en voor cassatie ongeschikte zaken zou aandragen.³⁶⁵ Zo stelde de Minister dat in vele cassatiemiddelen de aard van de Hoge Raad als cassatierechter wordt miskend en dat in wezen een nieuwe vaststelling van de feiten wordt gevraagd 'bijvoorbeeld in verband met waardering van bewijs of de aan de feitenrechter voorbehouden uitleg van gedingstukken. De Hoge Raad wordt dan benaderd alsof hij een feitenrechter is'.³⁶⁶

Meermalen tijdens de behandeling van het wetsvoorstel werd van de zijde van de wetgever benadrukt dat het doel van de wetswijziging kwaliteitsverbetering was, te bereiken door een doelmatiger inzet van de beschikbare capaciteit. Het ging niet om het terugdringen van de werklust.³⁶⁷

Op 1 juli 2012 werd dan het nieuwe artikel 80a RO ingevoerd. De bepaling maakt het de Hoge Raad mogelijk een beroep niet-ontvankelijk te verklaren wanneer de partij die het cassatieberoep instelt daarbij klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft, of wanneer de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden.

362 Kamerstukken I 2011/12, 32 576, C, p. 1-2.

363 Kamerstukken II 2010/11, 32 576, nr. 3, p. 20. Zie hierover ook Keulen, die opmerkt dat de procedure niet verzekert dat zaken waarin iets ambtshalve te casseren valt bij de selectie worden opgemerkt en uitgefilterd. Hij acht dat in zware strafzaken ongelukkig. Keulen, 2012:50-51.

364 Kamerstukken II 2010/11, 32 576, nr. 5, p. 1.

365 Daarbij werd overigens erkend dat het niet de taak van de advocatuur is de werklust van de Hoge Raad binnen de perken te houden.

366 Het is maar de vraag of dit zo onterecht is. Zie hierover nader hoofdstuk 5, De theorie van het onderscheid tussen feit en recht en de houdbaarheid van dit onderscheid bij de rechtsvinding.

367 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken I 2011/12, 32 576, C, p. 2.

2.4.9 *Visie advocaten-generaal op het nieuwe artikel 80a RO*

Op 3 juli 2012 verschenen drie conclusies waarin respectievelijk de advocaten-generaal Knigge, Vellinga en Machielse hun gedachten over de gevolgen van de nieuwe bepaling ontvouwd.

Knigge vindt dat de wetsgeschiedenis niet eenduidig is en dat twee fundamenteel van elkaar verschillende opvattingen mogelijk zijn: er is óf een nieuwe grond voor niet-ontvankelijkheid waarbij in elk geval mede geselecteerd wordt op basis van het belang dat met het cassatieberoep wordt gediend, óf het gaat inhoudelijk eigenlijk om een verwerping van het beroep, waarbij het enige verschil is dat die verwerping op een eerder moment tot stand komt. In het eerste geval kunnen zaken die eerder tot cassatie hadden geleid nu niet-ontvankelijk verklaard worden en is van een daadwerkelijke werklastbesparing sprake, in het tweede geval niet.³⁶⁸

Vellinga komt tot de conclusie dat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is dat de Hoge Raad zich kan gaan beperken tot vragen van rechtseenheid en rechtsontwikkeling, ondanks de ‘vergezichten’ die in de aanloop naar de nieuwe wet zijn ontvouwd. Hij meent dat desalniettemin een behoedzame hantering van artikel 80a RO in gevallen van onvoldoende belang nog wel binnen de grenzen van de wet zou blijven.³⁶⁹ De ‘winst’ is zijns inziens gelegen in het feit dat nu ook zaken die tot cassatie ‘kunnen’, maar niet hoeven te leiden, verkort kunnen worden afgedaan.

Machielse ten slotte verwacht geen grote inhoudelijke beleidswijzigingen van de Hoge Raad, maar eerder een verschuiving van het werk naar voren, al vindt ook hij het criterium van het ‘klaarblijkelijk onvoldoende belang’ nog niet helder.

Kortom, het werd spannend: zou de Hoge Raad zijn eigen agenda volgen en de wet gaan interpreteren naar zijn eigen wensen, of zou hij die wensen laten intomen door de wetsgeschiedenis?

2.4.10 *De eerste uitspraak van de Hoge Raad over artikel 80a RO*

Op 11 september 2012 deed de Hoge Raad hierover een duidelijke uitspraak: hij kiest voor zijn eigen agenda.³⁷⁰ Er is inderdaad sprake van een nieuwe niet-ontvankelijkheidsgrond en hij zal ook zaken die voorheen tot vernietiging leidden, nu wegens gebrek aan belang niet-ontvankelijk gaan verklaren. Heel kort gezegd: alle cassatieklachten die in zijn visie niet de moeite van een antwoord waard zijn, krijgen dat ook niet. Voorspelbaar is dat daarover veel discussie zal ontstaan, zeker ook omdat bij gebrek aan motivering niet duidelijk zal zijn waarom hij een zaak

368 Knigge, 3 juli 2012, LJN: BX0146, CPG 11/01243, onder 5.5.12. De opvatting dat slechts sprake is van een verschuiving van het moment waarop de zaak wordt behandeld, vindt zijn grondslag in de toelichting die de Minister en de Staatssecretaris in de Tweede en de Eerste Kamer op de wet gaven.

369 Vellinga, 3 juli 2012, LJN: BX0132, CPG 11/03781, onder 10.7.

370 De Hoge Raad deed uiteraard in alle drie de zaken waarin ook geconcludeerd werd uitspraak: LJN: BX7004, BX0146 en BX0132.

‘onzin’ vindt. Zeker wanneer geen conclusie van het parket-generaal meer zal verschijnen zullen advocaten soms in het duister tasten.

In Trema schetsten Corstens en Kuiper op hetzelfde moment een beeld van de ‘nieuwe’ Hoge Raad: een orgaan dat leiding geeft in de rechtsorde door onder meer verhoogde aandacht voor rechterlijke samenwerking binnen Europa, maar ook met andere nationale gerechten. Die samenwerking wordt geschetst als ‘cruciaal’. Corstens en Kuiper stellen dat op het niveau van de individuele zaak de verantwoordelijkheid voor de rechtsbescherming voor de hoven mogelijk iets zal toenemen, te weten in de categorie van zaken die de toets van artikel 80a RO niet zal doorstaan en dat minder sprake zal zijn van gedetailleerde terugkoppeling naar de feitenrechter vanuit de Hoge Raad. Ook dat wijst op een terugtred van de Hoge Raad op dit terrein die pas aan het beginnen is.

Het lijkt in ieder geval duidelijk dat het debat over de taken van de Hoge Raad nog lang niet ten einde is.

Tijd dus om, nu de ontwikkeling van de taken van de cassatierechter in de tijd in beeld is gebracht, meer inhoudelijk te kijken naar wat die taken naar de huidige opvattingen inhouden.

2.5 Inhoud van de taken van de Hoge Raad

2.5.1 *Het bewaken van rechtseenheid: een onhaalbare vanzelfsprekendheid*

Zoals in het voorafgaande werd gezien, is het bewaken of dienen van de rechtseenheid de eerste, oudste en meest oncontroversiële taak van de cassatierechter. Dat doel blijkt al uit de vroegste overdenkingen omtrent de Nederlandse cassatie.³⁷¹ Deze taak wordt vaak in verband gebracht met de cassatiegrond ‘schending van het recht’.

Tegelijkertijd is het niet de eenvoudigste. Rechtseenheid bestaat uit twee componenten: ten eerste moet sprake zijn van eenheid in de vaststelling en toepassing van het objectieve recht en ten tweede van eenheid in de resultaten van de toepassing daarvan, in die zin dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden.³⁷² Vandaar dat de begrippen rechtszekerheid en rechtsgelijkheid als nauw met de rechtseenheid verbonden worden beschouwd. De Hullu citeert Bloembergen hierover:

‘De rechtvaardiging van het cassatie-instituut is gelegen in de rechtseenheid, in de uniformiteit van rechtstoepassing in het gehele land. Die rechtseenheid is een belangrijk rechtsgoed, dat niet alleen bevorderlijk is voor de rechtsgelijkheid, de gelijke behandeling van de rechtsgenoten in het gehele land, maar ook voor de eenvoud van het recht (daaronder begrepen de overzichtelijkheid en de toegankelijkheid) en de

371 Zie hoofdstuk 1 onder 1.3.4. Beschouwing ten aanzien van het al dan niet rechtsbeschermend karakter van de taak van de cassatierechter in Nederland ten tijde van de totstandkoming van het instituut cassatie.

372 Snijders, 1988:1619.

rechtszekerheid welke op hun beurt weer het vertrouwen in het recht kunnen versterken.³⁷³

De zojuist als eerste genoemde component van de rechtseenheid is de belangrijkste: als de normen niet overal en altijd gelijk zijn, vervalt de rechtspraak in willekeur. In Nederland is deze component voldoende gewaarborgd.

Het bereiken van rechtseenheid in de zin van gelijke resultaten bij de toepassing van het recht, de tweede component, is daarentegen echter vrijwel onhaalbaar. De mogelijkheden van de Hoge Raad om dit doel te bereiken zijn uiterst beperkt. Ten eerste wordt slechts een zeer beperkt aantal van de rechterlijke uitspraken aan hem voorgelegd. Om die reden wordt, zoals hiervoor aan de orde kwam, wel een veelvuldiger gebruik van het middel van de cassatie in het belang der wet bepleit, of zelfs een geheel andere opzet van de hoogste rechtspraak. Ten tweede is de uitkomst van een procedure in belangrijke mate afhankelijk van de waardering van de feiten en omstandigheden van het geval. Van die waardering pleegt de cassatierechter zich nu juist grotendeels te onthouden. Dat betekent in het strafrecht dat onderwerpen als de selectie en waardering van het bruikbare bewijsmateriaal en de strafmaat voor een groot deel buiten het bereik van de Hoge Raad blijven. Datzelfde geldt voor praktische uitwerking van vele andere regels, beginselen en normen. Hoe vager, hoe meer ‘open’ de regel en de (jurisprudentiële) richtsnoeren voor de invulling daarvan, des te meer vrijheid de feitenrechter toevalt en des te minder de Hoge Raad die invulling kan sturen. Op die terreinen kan hij dus weinig doen om rechtseenheid in het resultaat te waarborgen. Snijders stelt hierover dat die beperkte mogelijkheden onvermijdelijk leiden tot een zekere mate van regionaal recht. Voor de praktijkjurist is dat een zeer herkenbaar beeld. Niet alleen regionaal kunnen bijvoorbeeld strafmaten zeer verschillen. Zelfs binnen één rechtbank of hof kan groot verschil bestaan tussen de ene strafkamer en de andere.³⁷⁴ Er zijn meer voorbeelden te geven, zoals de toepassing en duur van de voorlopige hechtenis of, daarbinnen, het opleggen van beperkingen. Ook daar bestaan belangrijke regionale verschillen. De Hoge Raad kan daar al helemaal niets aan doen omdat voor dergelijke gevallen geen cassatieberoep openstaat. Er is, in de woorden van De Roos, tegelijkertijd sprake van macht en hulpeloosheid van de cassatierechter.³⁷⁵

Binnen deze beperkingen geeft de Hoge Raad inhoud aan zijn rechtseenheidstaak door het uitzetten van grote lijnen, bijvoorbeeld in de door Rozemond genoemde voorafgaande beschouwingen.³⁷⁶ Deze geven de lagere rechter steun bij het toepassen van (vage) normen en regels. Ook kan gewezen worden op het geven van

373 De Hullu, 1989:131, verwijzend naar A.R. Bloembergen (Bloembergen, 1984:9).

374 Middels de sinds 1998 bestaande landelijke Oriëntatiepunten straftoemeting wordt getracht voor de meest voorkomende delicten toch enige eenheid te bewerkstelligen. Ook de (interne) databank straftoemeting en de strafvorderlijke richtlijnen van het OM spelen hierbij een rol.

375 Zie De Roos, 1988:1007-1018.

376 Zie hiervoor onder 2.3.2, De rechtsbeschermende taak onder druk.

ruime toepassing aan motiveringsklachten en terughoudendheid bij het als ‘feitelijk’ aanmerken van de toepassing van vage normen.³⁷⁷

2.5.2 *Rechtsvorming: de primadonna*

2.5.2.1 *Inleiding*

Hiervoor werd gezien hoe de rechtsvormende taak van de Hoge Raad in het begin van de vorige eeuw, ongeveer gelijktijdig met de eerste theorievorming rond de rechtsvinding, werd ‘ontdekt’ en hoe zij, parallel aan de steeds vrijere rechtsvinding, in de loop van de tijd uitgroeide tot de taak die door velen als zijn belangrijkste wordt ervaren. Natuurlijk heeft de rechter, ook de Hoge Raad, altijd recht gevormd. Martens heeft hierover gezegd dat dat alleen tot diep in de vorige eeuw is verdoezeld, omdat het axioma luidde dat alle recht in de wet te vinden was. De Hoge Raad verwees in die tijd ook nooit naar eigen eerdere jurisprudentie. De sterke toename van het aantal gevallen waarin op de rechter een beroep tot rechtsvorming wordt gedaan heeft dit taboe doorbroken.³⁷⁸

2.5.2.2 *Rechtsvorming is rechtsvinding met beleid*

Onder rechtsvorming of rechtsontwikkeling pleegt te worden verstaan het leiding geven door de Hoge Raad aan de interpretatie en de voortgaande ontwikkeling van het recht. De Hoge Raad doet dit met name door rechtsvragen te beantwoorden. Daarom zou ook dit doel vooral kunnen worden bereikt door toepassing van de cassatiegrond ‘schending van het recht’.³⁷⁹

Van rechtsvorming is sprake wanneer de Hoge Raad beslissingen neemt of overwegingen geeft die het karakter van ontwikkeling van rechtsregels hebben en tevens de pretentie van herhaalbaarheid en regelmaat in zich dragen.³⁸⁰ Gesproken wordt wel over rechtsvorming als ‘jurisprudentiële regelgeving’.³⁸¹

De Hullu stelt dat rechtsvorming meer is dan het op een juridisch zo goed mogelijke manier beantwoorden van een door anderen gestelde en aangereikte rechtsvraag. ‘Het is ook een vorm van leidinggeven waarbij sturing, delegatie, doelmatigheid en organisatorische voordelen nastrevenswaardig kunnen zijn.’³⁸² Rechtsvinding met beleid dus.

2.5.2.3 *Legitimatie van de rechter als wetgever*

Een principiële vraag ten aanzien van deze taak is die naar de legitimatie van de

377 Snijders noemt als evident voorbeeld van dat laatste het natronloogarrest, HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 (m.nt. CJHB). Zie Snijders, 1988:1620. Op dit onderwerp wordt in deel 3 uitvoerig nader ingegaan.

378 Martens, 2000:747, onder 4 en 5.

379 De Hullu, 1989:242.

380 Zie bijvoorbeeld Snijders, 1988:1614-1619, noot 245.

381 Zie bijvoorbeeld Schaffmeister, 1988:70.

382 De Hullu, 2000:718.

rechter als gever van regels. Daarover is erg veel geschreven: waar eindigt het terrein van de traditionele rechtsvormer, de wetgever, en waar begint dat van de rechterlijke rechtsvormer? In de loop van de tijd is de grens tussen beiden verschoven. ‘Is de rechter wetgever-plaatsvervanger geworden?’ is sinds zo’n twintig jaar een veel besproken vraag. Een kernachtige en heldere beschrijving hiervan is te vinden in het al eerder genoemde rapport van de WRR.³⁸³ De algemene opvatting is dat deze legitimatie voldoende wordt gevonden in de rol van de rechter in een rechtsstaat, zoals deze besloten ligt in de leer van de machtenscheiding. Er zijn echter ook nog steeds bedenkingen. Zo deed Kortmann in 2009 stof opwaaien met zijn afscheidscollege, waarin hij stevige kritiek uitte op de Hoge Raad, stellend dat deze zich de bevoegdheid tot rechtsvorming had toegeëigend, terwijl deze nergens in de (Grond)wet is vastgelegd.³⁸⁴ Keulen lijkt zich hierbij deels aan te sluiten, voorzover het gaat om de meer autonome rechtsontwikkeling.³⁸⁵ Deze veelomvattende en principiële discussie blijft hier verder echter buiten beschouwing. Wat ervan zij, de Hoge Raad doet het gewoon en zal het blijven doen.

2.5.2.4 *De verhouding tussen de wetgever en de Hoge Raad*

Tussen de Hoge Raad en het Ministerie van Justitie bestaat al sinds jaren een innige relatie, waarbinnen de Hoge Raad beslissende invloed kon hebben op wetgeving die betrekking heeft op zijn eigen organisatie en zijn mogelijkheden bepaalde zaken de facto buiten beschouwing te laten.³⁸⁶ De voor de relatie tussen hoogste rechter en wetgever wel gebruikte term van ‘partners in law business’³⁸⁷ lijkt op zijn plaats. Daarbij moet overigens bedacht worden dat de Hoge Raad op grond van artikel 74 van de Wet op de rechterlijke organisatie ook tot taak heeft de regering desgevraagd te adviseren. Blijkens zijn website betreft deze advisering meestal voorgenomen wetgeving of bijvoorbeeld plannen die de organisatie van de rechtspraak betreffen.

Snijders meende dat uit de praktijk is gebleken dat de Hoge Raad bij het geven van een invulling aan de rechtsvormende taak de wetgever niet voor de voeten pleegt te lopen.³⁸⁸ Maar, zo stelde Martens, de voorzichtige voorrang die de Hoge Raad aan de wetgever pleegt te geven kan op gespannen voet staan met artikel 13 EVRM (de ‘effective remedy’). Met andere woorden: soms moet de hoogste rechter de wetgever juist wel voor de voeten lopen. In het strafrecht heeft de Hoge Raad dat laatste eigenlijk nooit gedaan. Het is eerder het EHRM dat de wetgever af en toe een halt toeroept.

383 WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, 2002:181 en 183.

384 Kortmann, 2009:6. Zijns inziens heeft de Hoge Raad aldus met jurisprudentie die soms als extra legem moet worden gekarakteriseerd, wanorde geschapen.

385 Keulen, 2012:45. Hij merkt daar op dat ook Ton Hartlief en Maurice Adams zich over het legitimatieprobleem kritisch hebben uitgelaten.

386 Zie hierover ook Schaffmeister, 1988:79-110 en 112-116. Hij is over deze samenwerking positief omdat hij meent dat deze tot verbeteringen heeft geleid.

387 Zie Vranken, 2000:2.

388 Snijders, 1988:1619.

2.5.2.5 *De begrenzing van de mogelijkheden van de Hoge Raad tot rechtsvorming*

De mogelijkheden tot rechtsvorming door de cassatierechter worden beperkt door begrenzingen van technische, systematische, maar ook politieke aard. Zo is hij gebonden aan de feitelijke context van de voorgelegde zaken en de opgeworpen middelen. Hoewel in het strafrecht niet het probleem speelt dat bepaalde rechtsvragen de Hoge Raad niet bereiken, kan het wel zijn dat in feitelijke aanleg niet de juiste verweren zijn gevoerd of dat het middel (te) gebrekkig is geformuleerd om tot rechtsvorming te kunnen komen. Ook kan het zijn dat de tijd nog niet rijp wordt geacht voor rechtsvorming of, simpelweg, dat de raadsheren het niet eens zijn over de juiste koers.³⁸⁹ Daarnaast worden het gebrek aan gelegenheid voor externe discussie en de beperkte mogelijkheid de praktische bruikbaarheid van zijn oplossingen te toetsen wel genoemd als beperkende factoren, al gelden die beperkingen waarschijnlijk meer het civiele recht.³⁹⁰ Tenslotte is vaak een reeks uitspraken nodig voordat de regel zijn definitieve formulering vindt.³⁹¹ Een sprekend voorbeeld daarvan is de jurisprudentie inzake het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt.³⁹²

In het strafrecht geldt in het bijzonder nog steeds de al genoemde beperking ten gevolge van het legaliteitsbeginsel, al wordt dit minder gevoeld dan voorheen. Voor wat betreft de politieke beperkingen beweegt de Hoge Raad zich tussen rechterlijke terughoudendheid en rechterlijke voortvarendheid.³⁹³ Hierop wordt hieronder nader ingegaan.

2.5.2.6 *De techniek van rechtsvorming*

Voor wat betreft de manier waarop de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak uitvoert noemt Snijders vier technieken, te weten de waardering -, de uitleg -, het buiten toepassing laten – en de schepping van rechtsregels: ‘Kortweg gaat het dus om – wat men zou kunnen noemen – appreciatie, interpretatie, (generale en speciale) correctie respectievelijk creatie van rechtsregels.’³⁹⁴ De Hullu noemt voorbeelden van instrumenten van rechtsvorming die meer de vorm daarvan betreffen, te weten vuistregels, omstandighedencatalogi, voorbeeld-afwegingen en aanbevelingen voor een goede motivering.³⁹⁵ Rozemond sluit meer aan bij de inhoudelijke evaluatie van Snijders waar hij drie typen voorafgaande beschouwingen onderscheidt, te weten die

389 Zie Snijders en Vranken, 2000/1.

390 Snijders, 1988.

391 Martens, 2000:747, onder 7.

392 Zie hierover nader deel 3, hoofdstuk 9.

393 Zie Martens, 2000, onder 2. Hij verwijst op zijn beurt naar een rede van Wiarda uit 1986, waarin deze de genoemde terminologie (ook wel: *judicial activism* en *judicial restraint*) gebruikte voor de spanning die bij rechtsvorming altijd een rol speelt.

394 Snijders, 1988:1614.

395 De Hullu, 2000:718, verwijzend naar Barendrecht. Ook in Veegens wordt een dergelijke indeling gegeven in het kader van de toetsing van het ‘rechtsgedeelte’ van gemengde beslissingen. Zie hierover uitvoerig hoofdstuk 4 onder 4.2.4.5, Maatstaven ter invulling van onbepaalde begrippen.

waarin de beschouwingen alleen verhelderend zijn, die waarin principiële rechtsvragen worden besproken ter bevordering van de rechtsontwikkeling en de rechtszekerheid en ten slotte die waarin nieuwe rechtsregels ter beantwoording van principiële rechtsvragen worden geformuleerd.³⁹⁶

Rozemond heeft zich meermalen kritisch uitgelaten over de manier waarop de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak vervult. De strafkamer formuleert weliswaar rechterlijke criteria, maar die worden zelden van een nadere argumentatie voorzien. Het ontbreekt zijns inziens – niet alleen bij de Hoge Raad, maar in de strafrechtwetenschap als geheel, aan een achterliggende methodologie.³⁹⁷

2.5.3 *Rechtsbescherming: veel meer dan een nuttig vangnet*

2.5.3.1 *Inleiding*

Tenslotte dan de taak waarop in dit boek de nadruk ligt: de rechtsbeschermende taak. Hoewel de rechtsbescherming pas laat (door Sniijders in 1986) expliciet als derde taak naast de taken van rechtseenheid en rechtsvorming werd genoemd, heeft hij als zodanig altijd bestaan, zoals in het voorafgaande wel is gebleken. Was dat in het oud-Franse recht al het geval, in het Nederlandse recht geldt dat des te meer, gelet op de plaatsing van de Hoge Raad als hoogste rechter binnen het rechtssysteem en derhalve als derde instantie.

2.5.3.2 *Het rechtsstatelijke aspect van rechtsbescherming*

Met ‘rechtsbescherming’ als taak van de Hoge Raad wordt gewoonlijk bedoeld op de rechtsbescherming van de rechtszoekende – in het strafrecht de verdachte. In die omschrijving komt echter het rechtsstatelijk karakter van de rechtsbescherming onvoldoende tot uiting: de bescherming van de burger tegen overheidshandelen door een onafhankelijke rechter. In die rol ligt immers de kern van het rechterlijk werk. Niet alleen ‘bescherming’ tegen de lagere rechter, maar ook bescherming tegen machtsmisbruik door de overheid. Als dat als een te politieke stellingname wordt gevonden, kan het ook anders worden gezegd: de functie van de rechter in de democratische rechtsstaat is tweeledig: hij moet de kloof overbruggen tussen het recht en de steeds veranderende samenleving en de constitutie en de democratie beschermen.³⁹⁸ Dit is meer dan alleen individuele rechtsbescherming. Dit aspect moet – waar nodig – ook doorklinken in rechtsvormende uitspraken.

De bescherming van de Grondwet en de democratie is een taak van alle rechters, zeker ook van de belangrijkste onder hen. Het kan toch niet zo zijn dat de Hoge Raad, in strafzaken de hoogste en machtigste rechter van het land, die kerntaak van de rechterlijke macht in hoofdzaak aan de lagere rechter overlaat? Zou hij dat doen,

³⁹⁶ Rozemond, 2000:706-712. In deel 3 wordt in het kader van de bespreking van de beoordeling van gemengde oordelen nader ingegaan op de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaven.

³⁹⁷ Zie Rozemond, 1998 en 2008:15-18. Hij riep op tot een methodologische analyse van het Nederlandse strafrecht en de rol van de rechtspraak daarin.

³⁹⁸ Aldus Aharon Barak, voormalig Israëliisch opperrechter in zijn werk ‘The judge and a democracy’, met kennelijke instemming geciteerd door Tjeenk Willink. Zie Tjeenk Willink, 2007:12.

dan is hij geen echte rechter meer. Het ligt daarom ook niet voor de hand de rechtsbeschermende rol te beperken tot ‘de verwezenlijking van strafvorderlijke doelstellingen in de concrete strafzaak’, zoals Keulen voorstelt.³⁹⁹ Integendeel, het rechtsstatelijk aspect van de rechtsbeschermende taak, zowel in individuele gevallen als ten aanzien van alle burgers, behoeft erkenning.

Nu is het ongetwijfeld niet de bedoeling van de Hoge Raad die vorm van rechtsbescherming af te stoten. De laatste tijd wordt tenslotte juist door de Hoge Raad⁴⁰⁰ en de wetgever benadrukt dat de rechtsbeschermende taak meer is dan het beschermen van individuele belangen, waarbij wordt gewezen op rechtsbeschermende effecten van rechtsvormende jurisprudentie voor alle justitiabellen. Dit argument wordt echter gebruikt ter verdediging van het beperken van de individuele rechtsbescherming in het kader van de invoering van de selectie aan de poort. Veel rechtsstatelijke bezieling spreekt daar niet uit. Verderop in dit hoofdstuk zal worden besproken waardoor dat zou kunnen komen.

2.5.3.3 *Individuele rechtsbescherming*

Individuele rechtsbescherming door de Hoge Raad wordt meestal beschouwd als het bewaken dat het recht in individuele zaken juist wordt toegepast en dat fouten die de rechter in het nadeel van de verdachte maakt worden hersteld. De controle door de Hoge Raad daarop behelst de controle op een juist verloop van de procedure,⁴⁰¹ maar ook het toezicht op de kwaliteit van de rechtsbedeling.⁴⁰²

Dat het gaat om fouten die zijn gemaakt ten nadele van de verdachte, heeft te maken met het rechtsstatelijk perspectief. Hij is immers de burger die tegen het optreden van de politie en het openbaar ministerie moet worden beschermd. Het openbaar ministerie als procespartij kan daarop (uiteraard) geen beroep doen. Hoewel het wel cassatieberoep kan instellen en de Hoge Raad ook fouten die ten nadele van hem zijn gemaakt zal herstellen, komt aan deze procespartij als overheidsorgaan geen recht op rechtsbescherming in rechtsstatelijke zin toe. Wel moet uiteraard ook ten aanzien van de overheid het recht (zowel het formele als het materiële) juist worden toegepast.

Hoewel de rechtsbeschermende taak vaak wordt geassocieerd met de cassatiegrond ‘verzuim van vormen’ is de individuele rechtsbescherming door de Hoge Raad meer dan alleen dat. Het repareren van een schending van het recht in het concrete geval is immers net zo goed een aspect van de individuele

399 Zie Keulen, 2012:46.

400 Zie bijv. Kamerstukken II, 32 576, nr. 3, p. 2 en de voordracht van Corstens (van wie aangenomen mag worden dat hij namens de Hoge Raad spreekt) voor de voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht op 5 juni 2009, gepubliceerd op de website van de Hoge Raad.

401 Zie bijvoorbeeld Schaffmeister, 1988:68. en Van Dorst, 2009:147. In het Wetboek van Strafvordering bevinden zich immers de bepalingen die erop gericht zijn de verdachte bescherming te bieden.

402 Hirsch Ballin, 1988:215.

rechtsbescherming. De Hoge Raad heeft dergelijke voorbeelden ook zelf genoemd in zijn jaarverslag over 2007-2008.⁴⁰³

De individuele rechtsbescherming heeft bovendien een publieke dimensie. Die ligt onder meer in het bewaken van de kwaliteit van het werk van de lagere rechter. Zoals Snijders het formuleerde: ‘het is en blijft een goede zaak, dat de appelrechters de hete adem van de Hoge Raad in hun nek voelen’.⁴⁰⁴ Hij voegde daaraan toe dat, naarmate de lagere rechter meer onder werkdruk komt te staan en daardoor eerder fouten gaat maken, het belang van deze taak alleen maar groter wordt. Sindsdien heeft die verwachting zich gerealiseerd: wie had verwacht dat advocaten-generaal in 2005⁴⁰⁵ respectievelijk 2011⁴⁰⁶ publiekelijk een achteruitgang in kwaliteit van de rechtspraak van met name de hoven zouden signaleren, leidend tot aanmerkelijke hoeveelheden uitspraken waarin kunstfouten worden aangetroffen?⁴⁰⁷ Vellinga constateerde aan de hand van een steekproef dat van de vernietigde uitspraken van hoven ongeveer de helft een kunstfout bevatte. Hij stelde: ‘Van sommige misslagen kan worden gezegd dat deze zonder meer wijzen op onvoldoende nauwkeurig werken, van vele andere wordt niet duidelijk of deze berusten op gebrek aan vakkundigheid dan wel op onnauwkeurig werken.’⁴⁰⁸ En de situatie wordt eerder slechter dan beter. Fokkens legt in een interview in het jaarverslag van de Hoge Raad over 2011 een relatie tussen de onder druk staande kwaliteit en de steeds toenemende werkdruk. Hij signaleert dat er jarenlang te weinig geld wordt uitgetrokken voor de rechter en dat de situatie nijpender wordt. Bart van Lierop citeert recent Willem van Bennekom uit diens essay uit 2010 als volgt: ‘... in ons land (is) sinds enige tijd sprake van een stelsel dat, (...) het uitmelken van rechters tot norm lijkt te hebben verheven. Als gevolg daarvan zijn er te veel rechters die door hun zittingrooster zo worden geregeerd dat studie en zelfreflectie een luxe dreigen te worden.’ Van Lierop maakt zich zorgen over de interne onafhankelijkheid van de rechter.⁴⁰⁹ Het jongste regeerakkoord wijst er niet op dat de komende jaren een omslag te verwachten valt.⁴¹⁰ Het lijkt er voorlopig dan ook niet op dat dit aspect van de rechtsbeschermende taak gemist kan worden, als er tenminste vanuit

403 Genoemd werden daarin schuld aan een verkeersongeval en zaken waarin een beroep was gedaan op een strafuitsluitingsgrond.

404 Snijders, 1988:1622.

405 Conclusie AG Jörg bij HR 25 januari 2005, NJ 2006, 411.

406 Vellinga, 2011:774-796.

407 Van diverse kanten zijn dan ook om die reden kanttekeningen geplaatst bij invoering van selectie aan de poort. Zie hierover ook Tjeenk Willink, die signaleert dat de rechter door de opmars van de bureaucratisch-bedrijfsmatige logica onder meer van binnenuit onder druk komt, omdat hij moet gaan werken als bedrijf. Hij wijst op de constatering van de Commissie evaluatie modernisering rechterlijke organisatie, (eind 2006-AR) dat ‘de druk op de kwaliteit groot is en op dit moment niet afdoende wordt gewaarborgd’. Tjeenk Willink, 2007:10.

408 Vellinga, 2011:774-796.

409 Van Lierop, 2012:2616.

410 In het akkoord, getiteld ‘Bruggen slaan’ wordt gesteld dat in de strafrechtketen onder meer een doelmatiger strafrechtketen en verkorting van de doorlooptijd van strafzaken bijzondere aandacht zullen krijgen. Over waarborging van de kwaliteit van de rechtspraak en wat daarvoor noodzakelijk is wordt daarentegen niet gesproken. *Bruggen slaan, Regeerakkoord VVD – PVDA*, 29 oktober 2012, p. 26.

gegaan blijft worden dat de Hoge Raad mede de kwaliteit van de lagere rechtspraak dient te bewaken.

2.5.3.4 *Individuele rechtsbescherming als bijkomende taak*

De individuele rechtsbescherming is eigenlijk steeds gezien als een bijkomende taak en ook nu nog wordt deze vrij algemeen van minder belang geacht en (door leden van de Hoge Raad) ook beschouwd als minder ‘leuk’ dan de rechtsvormende taak. Een treffende illustratie is de zienswijze van M.J.P. Verburgh, een vroegere raadsheer in de Hoge Raad, die de rechtsbeschermingsfunctie wel onderkende, maar er het volgende over schreef:

‘Als lid van de Hoge Raad ontdekt de oud-hoogleraar ... dat een belangrijk en grotendeels ongepubliceerd deel van de zaken die voor de Hoge Raad komen, geen nieuwe rechtsvragen bevat en uit het oogpunt van rechtsvorming en rechtsontwikkeling volstrekt oninteressant is. Het werken aan dergelijke zaken vormt een onaantrekkelijk facet van het HR-werk, te meer omdat de behandeling van die zaken door de Hoge Raad – met name uit het oogpunt van het rechtdoen aan partijen – weinig bevredigend is. ... de Hoge Raad mag zich niet meer met de feiten en het feitelijk gelijk van partijen bezig houden. Een verantwoord gebruik van het ook in Nederland schaarse goed van hoog gekwalificeerde juristen met een wetenschappelijke instelling ... maakt het dringend noodzakelijk ... ervoor te zorgen dat alleen nog maar de voor rechtseenheid en rechtsontwikkeling van belang zijnde zaken door de Hoge Raad worden behandeld.’⁴¹¹

Dit citaat dateert uit 1988, maar zal ongetwijfeld door een aantal van de huidige leden van de strafkamer, zo niet door alle, onderschreven of grotendeels onderschreven worden. Snijders, die dit citaat in zijn essay uit 1988 opnam, werd er echter verdrietig van. Hij wees op het nut van de rechtsbeschermingsfunctie door de positieve uitstraling daarvan naar andere zaken en meende dat Verburgh te negatief was over de mogelijkheid die de Hoge Raad heeft met betrekking tot de feiten van het geval, nu deze toch feitelijke onbegrijpelijkheden en onzorgvuldigheden kan redresseren.⁴¹²

Zeker is dat de Hoge Raad zich daarin sinds 1988 niet heeft beperkt, met name gezien de steeds uitvoeriger motiveringscontrole.⁴¹³ Eigenlijk kan de Hoge Raad alles, als hij maar wil.⁴¹⁴

411 Zie Snijders, 1988:1621.

412 Zie Snijders, 1988:1621. Hij voegde daaraan toe dat mede gelet op de rechtsbeschermingsfunctie de Hoge Raad niet uitsluitend uit juristen met een wetenschappelijke instelling behoort te bestaan. Zie over de samenstelling van de Hoge Raad ook de rede van Corstens ter gelegenheid van de installatie van drie nieuwe raadsheren d.d. 6 maart 2012, waarin hij sprak over het benoemingsbeleid van de Hoge Raad. Hij stelde daarin dat gestreefd wordt naar diversiteit in verschillende opzichten, waaronder een ‘mix’ van praktijkmensen en wetenschappers. Zie de website van de HR onder ‘Toespraken’: <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Documents/algemene%20inleiding.pdf>.

413 Hierop zal in hoofdstuk 3 nader worden ingegaan.

414 Zie hierover nader hoofdstuk 5 onder 5. Doelmatigheid: het onderscheid tussen feitelijke en rechtsbeslissingen als basis voor de taakverdeling tussen de Hoge Raad en de feitenrechter.

Merkwaardig is dat, hoewel de Hoge Raad enerzijds al sinds de jaren '80 af wil van de instroom van zaken met louter motiveringsklachten, anderzijds zijn motiveringscontrole steeds heeft uitgebreid, laatstelijk sinds de invoering van het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt. Dan is het toch niet vreemd dat rechtszoekenden met dergelijke klachten blijven komen.

2.5.3.5 *Rechtsbescherming als rechtspolitiek begrip*

Anders dan 'rechtseenheid' en 'rechtsvorming', is 'rechtsbescherming' geen neutraal begrip, maar heeft het ook een sterke rechtspolitieke lading. In concrete gevallen kunnen grote verschillen van opvatting bestaan over de vraag of een recht in concreto bescherming verdient en zo ja, in welke vorm.

Het begrip 'rechtsbescherming' als een van de taken van de Hoge Raad is niet los is te zien van het gelijknamige begrip in de strafrechtstheorie. In die theorie gaat achter dat begrip een gedachtenstroming schuil waarin de notie van een eerlijk, contradictoir proces, waarbinnen de individu-beschermende waarde van rechtsbeginselen tegen willekeur en machtsmisbruik van de overheid als toetssteen en richtsnoer fungeren, de belangrijkste factor in de strafrechtelijke procedure is.⁴¹⁵ Deze leer huldigt de opvatting dat een eerlijk proces een *conditio sine qua non* is om tot een veroordeling te kunnen komen. Daartegenover staat een andere stroming, te weten die van de instrumentaliteit, waarin het strafrecht een instrument is dat de staat kan gebruiken om bepaalde doelen te bereiken.

De Hoge Raad speelt als hoogste rechter natuurlijk een rol in dit strafrechtelijke stromenland. Hij vormt, dan wel ontwikkelt het recht en maakt keuzes waarbij hij nu eens meer rekening houdt met het een, dan weer met het ander. Hij voert derhalve een beleid.⁴¹⁶

2.5.4 *Rechtsbescherming tegenover instrumentaliteit*

Alvorens in algemene zin iets te zeggen over de rechtspolitiek van de Hoge Raad, behoeft de zojuist beschreven tegenstelling tussen rechtsbescherming en instrumentaliteit enige uitwerking.

Grofweg kent het strafrecht van na de tweede wereldoorlog⁴¹⁷ twee stromingen, meestal aangeduid als de instrumentele en de rechtsbeschermende stroming. Deze stromingen hebben nauwe verwantschap met de modellen-structuur van Packer, die de belangentegenstellingen in het strafproces ordende in een crime-control-model en een due process-model.⁴¹⁸ Daarbij moet bedacht worden dat het om modellen gaat die zich in werkelijkheid in hun pure vorm niet voordoen en dat een strafrechtelijk

415 Ik doel hier op de (nieuwe) Utrechtse school van Peters, waarin de rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid centraal staat. Zie Groenhuijsen, 2008:1095. Zie ook Kelk, 2005:79.

416 Dit beleid wordt in de literatuur echter weinig belicht. In de bespreking van arresten wordt daarover af en toe wel het een en ander gezegd. Zie bijvoorbeeld Buruma 2003.

417 Waarmee niet gezegd wil zijn dat die stromingen voor de oorlog nog niet bestonden.

418 Het crime-control en het due-processmodel zijn procesmodellen die zijn opgesteld door Herbert L. Packer (Packer, 1968).

systeem, ook het onze, een mengvorm van beide modellen is.⁴¹⁹ Deze modellen staan echter wel symbool voor twee manieren van denken over het strafrecht die er in de praktijk toe leiden dat opvattingen over hoe het strafproces op dit moment functioneert en wat daarin de rol van de Hoge Raad moet zijn haaks op elkaar staan.

Het eerstgenoemde model gaat uit van het strafrecht als instrument in het sociale systeem van de staat, dat gebruikt kan worden bij het bereiken van de doeleinden die de staat probeert te verwezenlijken.⁴²⁰ Het belangrijkste doel dat de staat met het strafrecht wil bereiken is het bestrijden van de criminaliteit, 'crime control'. Het gaat om de materiële waarheid, die op een deugdelijke manier moet worden gevonden. De aandacht binnen dit stelsel is primair gericht op het verhogen van de efficiëntie waarbij de nadruk ligt op het voorbereidend onderzoek. Daarin moet de zaak tot klaarheid worden gebracht, waarna de rest van de procedure in zekere zin een formaliteit is. Dit model berust op de verwachting dat burgers doorgaans niet zonder reden als verdachten worden aangemerkt. Kortom: er bestaat de cognitieve⁴²¹ verwachting dat de meeste justitiabelen die als verdachten het systeem binnenkomen, er later als veroordeelden weer uit zullen komen. Op deze manier weergegeven, heeft het crime control-model dus iets van een 'lopende band' in een productieproces.⁴²² De Herth en Gurwith⁴²³ wijzen erop dat Packer het crime control een model noemt dat het bestaan en de uitoefening van de strafrechtelijke macht en zijn autoriteit bevestigt.

In de instrumentele stroming, die op dit model steunt, speelt het (rechtsbeschermende) legaliteitsbeginsel een belangrijke rol, maar teveel rechten van de verdachte burger kunnen hinderlijk zijn. Rammelink schreef in 1980 dat twee uitgangspunten de aanhangers van deze stroming binden. Dat zijn ten eerste de aanvaarding van het 'rechtsvaardigheidsmoment in de straf', waarmee hij bedoelde dat een relatie wordt gelegd tussen de misdaad en de zwaarte van de straf, en ten tweede het respecteren van het 'formeel wettelijk perspectief', dat wil zeggen hechten aan de democratisch tot stand gebrachte wet. Deze stroming wordt ook wel de 'functionele' of 'traditionele' genoemd.⁴²⁴

In het due process- model gaat het om de beperkingen van de overheidsmacht. Groenhuijsen en Knigge schrijven dat in dit model niet de materiële waarheid voorop staat, maar de vraag of op juridisch zorgvuldig genormeerde wijze kan worden vastgesteld of de beschuldiging door de overheid hard kan worden gemaakt.

419 Zie De Herth en Gurwirth, 2007:103-126. De auteurs citeren Packer: 'Neither (model -AR) is presented as either corresponding to reality or representing the ideal to the exclusion of the other. The two models merely afford a convenient way to talk about the operation of a process whose day to day functioning involves a series of resolutions to the tensions arising between competing claims.'

420 Vrij naar Rammelink, 1980:32. Zie hierover ook Groenhuijsen, 2008:1098-1100.

421 In tegenstelling tot een normatieve verwachting.

422 Deze beschrijving is ontleend aan Groenhuijsen en Knigge, 2004:178.

423 Zie hiervoor noot 419.

424 Door Rammelink respectievelijk Kelk.

Binnen dit model fungeert de tegenspraak door verdachte en diens raadsman als het hoogste goed. Dit kan het beste tot zijn recht komen door de nadruk in de procedure te concentreren binnen het openbare eindonderzoek.

De rechtsbeschermende stroming, die dit model omarmt, stelt daarom als gezegd het eerlijke strafproces centraal. Kelk noemde deze richting ‘de juridiseringsrichting’.⁴²⁵ Brants stelt dat de achtergrond van die gedachte is dat sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw de vanzelfsprekendheid waarmee geldende wettelijke normen werden aanvaard is verdwenen, tengevolge waarvan de aandacht is verlegd naar het strafproces. Omdat naar aloude Utrechtse opvattingen het strafproces een menselijk karakter moet hebben, wat meebrengt dat de veroordeelde moet boeten voor wat hij heeft gedaan, maar niet mag worden uitgesloten, wordt rechtsbescherming van de individuele verdachte gezien als een maatschappelijk belang.⁴²⁶ Dit brengt met zich dat het strafproces zich moet afspelen in contradictoire procedures, waarin regels en beginselen tot gelding kunnen komen. Het rechtsgehalte van het strafrecht wordt in die visie bepaald door de mate waarin overheidsmacht wordt gereguleerd en genormeerd (‘policing the police’). De feitelijke machtsverhoudingen kunnen dit ideaal lelijk doorkruisen. Om die laatste reden wordt door de aanhangers van het due process-model zoveel belang gehecht aan de Hoge Raad, die op dit gebied sterk kan sturen. Overigens is het de vraag of de maatschappelijke belangen die achter deze twee modellen schuil gaan wel echt elkaars tegenpolen zijn, maar die ingewikkelde vraag moet helaas gelaten worden voor wat hij is.⁴²⁷

Groenhuijsen noemt in navolging van R Emmelink de functionele stroom de ‘hoofdstroom’ en de juridiseringsrichting de ‘tegenbeweging’.⁴²⁸ Hij stelt dat de functionele stroom sinds de tachtiger jaren is vertakt in drie deelstromen, te weten die waarin het niveau van rechtsbescherming afhankelijk wordt gesteld van wat er op het spel staat en in welke mate verweer wordt gevoerd, die van het op de criminaliteitsbestrijding gerichte internationale onderzoek en die van het herstelrecht. De ‘tegenbeweging’ kenschetst hij als onverminderd krachtig en onvertakt.

Dit strafrechtelijk stromenland wordt in iets andere zin beschreven in hét strafvorderlijk standaardwerk van dit moment, Het Nederlands strafprocesrecht. Corstens en Borgers onderscheiden daarin niet zozeer stromingen, alswel verschillende ‘stuursystemen’ waar het gaat om de manier waarop politie en justitie van hun bevoegdheden gebruik zouden moeten maken.⁴²⁹ Die stuursystemen noemen zij respectievelijk traditioneel (‘zo doen we het altijd’), ideologisch (naar ideologische, politieke vooronderstellingen, maar ‘zonder oog voor de effecten’) of rationeel (in meer of mindere mate als middel tot een doel, als instrument). Het lijkt,

425 Zie Groenhuijsen, 2008:1101.

426 Zie Brants, 1999:16-17.

427 Zie hierover Focué en 't Hart, 1990, alsmede Van Roermund, Groenhuijsen en Witteveen, 1993. Zie ook Schalken, 1989:3-15.

428 Groenhuijsen, 2008:1100.

429 Corstens, bewerkt door Borgers, 2011:VII.1. Dit onderscheid komt ook in de eerdere nog niet door Borgers bewerkte drukken van dit handboek voor.

mede gezien het voorgaande, niet al te gewaagd in de laatste twee respectievelijk de juridiserende en de instrumentele stroming te herkennen. Als deze veronderstelling juist is, valt op dat deze auteurs, van wie een de huidige president van de Hoge Raad is, de juridiserende stroming als stuursysteem ‘ideologisch’ noemen en als onrealistisch aanmerken en het rationele, doelmatige, stuursysteem expliciet prefereren.⁴³⁰ Dit doet de vraag rijzen of ook de Hoge Raad meer ziet in de instrumentele, dan in de juridiserende stroming. Daarbij moet wel worden herhaald dat rechtsbescherming typisch de taak van de rechter in de rechtsorde is en instrumentaliteit – het inzetten van het strafrecht voor maatschappelijke doeleinden – het doel van het bestuur, dat echter ook door rechterlijke uitspraken kan, en dient te worden gelegitimeerd. Zoals Corstens en Borgers het formuleren: het strafrecht is een ‘veroorlovend systeem’: het verleent bevoegdheden aan het bestuur. Het is aan de rechter om het gebruik van bevoegdheden binnen die grenzen te legitimeren, maar ook om de grenzen van die bevoegdheden te bewaken.

2.5.5 *Criminele politiek – het vinden van een evenwicht*

In de praktijk van het recht, dus ook van het strafrecht, moet een evenwicht tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming, tussen individuele en maatschappelijke belangen worden gevonden. Enerzijds moet sprake zijn van rechtsbescherming *tegen* normhandhaving, anderzijds van rechtsbescherming *door* normhandhaving.⁴³¹ In het kader van dat laatste is niet onbelangrijk dat de staat mede de positieve verplichting heeft zorg te dragen voor bescherming van de burger tegen strafbare feiten.⁴³² (Belangrijk is wel te onderkennen dat rechtsbescherming *door* normhandhaving niet de hier besproken rechtsbescherming in rechtsstatelijke zin is, maar instrumentaliteit).

Het vinden van genoemd evenwicht is een kwestie van criminele politiek,⁴³³ die tevens rechtspolitiek is. En dit is waar rechtsvinding, rechtsvorming en rechtsbescherming met elkaar verweven raken.

Herhaald wordt dat rechtsvorming ook is: ‘een vorm van leidinggeven waarbij sturing, delegatie, doelmatigheid en organisatorische voordelen nastrevenswaardig kunnen zijn’⁴³⁴ en dat de rechter hierbij manoeuvreert in het spanningsveld tussen terughoudendheid en rechterlijke voortvarendheid.⁴³⁵ De Hoge Raad pleegt daarbij

430 Corstens en Borgers, 2011:VII.1.

431 Zie De Hullu, verwijzend naar Schalken in De Hullu, 2009:20.

432 Het EHRM heeft meermalen uitgemaakt dat deze verplichting bestaat, zie bijvoorbeeld EHRM 26 maart 1985, NJ 1985, 525.

433 Criminele politiek pleegt in navolging van Marcel Ancel te worden gedefinieerd als ‘de rationele organisatie van de maatschappelijke reactie op criminaliteit’. Zie Corstens/Borgers, 2011:232 en Kelk, 2005:80.

434 De Hullu, 2000:718.

435 Zie hierboven onder 2.5.2.5. De begrenzing van de mogelijkheden van de Hoge Raad tot rechtsvorming.

een voorzichtige, gouvernementele, koers te varen. Polak, de huidige vice-voorzitter van de Raad van State, schreef hierover dat hoogste rechters, zeker niet alleen de Hoge Raad, in het algemeen minder activistisch, meer defensief, zijn dan lagere rechters.⁴³⁶ Hierbij moet worden opgemerkt dat de term 'activistisch' niet kan worden gelijkgesteld met 'rechtsbeschermend' en 'terughoudend' niet met 'gouvernementeel', al lijkt Polak dat wel te bedoelen.⁴³⁷

De manier waarop het beleid van de Hoge Raad tot stand komt is waarschijnlijk niet erg planmatig, zoals ook Rozemond constateerde. Corstens en Borgers wijzen erop dat 'wie criminele politiek wil bedrijven', weinig houvast kan vinden in wetenschappelijk, empirische gegevens en dat daarom vaak wordt teruggevallen op het traditionele stuursysteem: 'zo deden we het altijd al'.⁴³⁸

Hoe de Hoge Raad zijn politiek in de afgelopen decennia in zijn jurisprudentie inhoud gaf, komt in deel 3 aan de orde.

2.5.6 *Onderlinge samenhang van de doeleinden van de cassatie*

Rest de vraag of de verschillende taken van de Hoge Raad wel zo goed te scheiden zijn als het lijkt.

Hiervoor bleek al dat de controle op vormverzuimen mede rechtsvormende effecten kan hebben en dat van het beantwoorden van rechtsvragen ook rechtsbescherming kan uitgaan. Ook werd al aandacht besteed aan het feit dat rechtsvinding, rechtsvorming en rechtsbescherming in het beleid van de Hoge Raad in elkaar kunnen overlopen.

Snijders stelde dat de cassatiefuncties tot op zekere hoogte onderling inwisselbaar zijn en wees op het werk van J.A. Jolowicz, die ten aanzien van de cassatie en daarop gelijkende rechtsmiddelen in andere westerse landen twee typen doeleinden onderscheidde: de 'private purpose' en de 'public purpose'. Jolowicz constateerde een overlap tussen het private en het publieke doel: 'als het wettelijk systeem faalt in het private doel zal dat het publieke vertrouwen in de rechtspleging aantasten en daarmee schade aan het publieke doel toebrengen'.⁴³⁹

Ook Vranken en Giesen stellen voorop dat de functies die de Hoge Raad vervult altijd gelijktijdig worden uitgevoerd en zowel private als publieke belangen dienen:

'De controlefunctie bijvoorbeeld dient met name het particuliere belang van de procespartijen, maar raakt tevens (aspecten van) het algemeen belang, omdat het zoveel mogelijk uitbannen van verkeerde beslissingen ook de kwaliteit van en het vertrouwen in de rechtspraak verhoogt, en daarmee de legitimiteit en aanvaardbaarheid ervan. Daarnaast luidt het corrigeren van een verkeerde beslissing regelmatig een nieuwe rechtsontwikkeling in of draagt bij aan een betere onderlinge afstemming van regels. Omgekeerd leidt het bevorderen van de rechtsontwikkeling en de zorg voor de rechtseenheid er meestal toe dat in het concrete voorliggende geval de, naar het oordeel

436 Waarbij hij benadrukte dat zowel de activistische- als de defensieve opvatting zeer verdedigbaar is. Polak, 2008:857. In een later interview noemt hij die terughoudendheid van hoogste rechters 'gouvernementeel'. Zie Lindo, 2011:1257.

437 Zie De Waele, 2009:45-66.

438 Corstens en Borgers, 2011:VII.2.

439 Snijders, jaar:1610.

van de hoogste rechter op dat moment, beste beslissing wordt genomen. Wanneer dit gepaard gaat met een vernietiging van de uitspraak van de lagere rechter, oefent de hoogste rechter meteen ook zijn controlefunctie uit. Tussen beide functies bestaat derhalve een zeer nauwe samenhang.⁴⁴⁰

2.6 Beschouwing ten aanzien van het al dan niet rechtsbeschermend karakter van de taken van de cassatierechter in Nederland

In het voorgaande werd gezien hoe de rechtsvormende of rechtsontwikkende taak van de Hoge Raad vanaf de jaren tachtig de volle aandacht kreeg en uitgroeide uit tot de taak die als de gewichtigste van de drie taken wordt gezien. De Hoge Raad zelf blijkt daarin een sterke aandrijvende kracht te zijn geweest. Al jarenlang stuurt hij, gesteund door de wetgever, langzaam maar zeker aan op een systeem waarin hij zaken die zijns inziens niet bij hem thuishoren kan weren. Als zaken die wel bij hem thuishoren beschouwt hij bij uitstek zaken waarin rechtsvragen aan de orde zijn.

De individuele rechtsbescherming door de Hoge Raad raakte in al dit rechtsvormende geweld in de verdrukking. In het wetenschappelijk debat over de taken van de Hoge Raad kreeg zij weinig aandacht en werd zij als bijkomende taak gezien. Vanaf de jaren tachtig werd – onder druk van de toenemende instroom van zaken – bovendien de organisatie van de cassatierechtspraak stapsgewijs steeds verder gestroomlijnd, waarbij het voor de Hoge Raad gemakkelijker werd zaken verkort gemotiveerd af te doen,⁴⁴¹ dan wel deze helemaal buiten de deur te houden. De ambtshalve cassatiecontrole werd drastisch beperkt. Al deze veranderingen gingen ten koste van de rechtsbescherming van de individuele rechtszoekende.

Vrijwel volledig veronachtzaamd zijn in de discussie over de taken van de Hoge Raad de rechtsstatelijke aspecten van de rechtsbescherming. De bescherming van de burger tegen overheidshandelen, of het nu is in de vorm van individuele rechtsbescherming, dan wel door middel van rechtsvormende jurisprudentie, is in

440 Vranken en Giessen, 2003:5. Zij bepleiten in genoemde passage overigens dat de Hoge Raad meer aandacht moet besteden aan rechtsontwikkeling.

441 Dat de verkorte afdoening tot grote frustratie kan leiden bij (in cassatie gespecialiseerde) strafrechtadvocaten blijkt bijvoorbeeld uit een artikel van D. Brouwer, op dat moment voorzitter van de Vereniging voor Cassatie Advocaten in het Strafrecht (VCAS). Naar aanleiding van een art. 81 RO beslissing in een zaak waarin hij vele, naar zijn mening serieuze, middelen had ingediend, uitte hij ernstige kritiek op het ontbreken van de motiveringsplicht: ‘Zo’n beslisser kweekt alles behalve achting, alles behalve respect’, luidde zijn noodkreet. Brouwer, 2012:212 en 277. Zie hierover ook Keulen, die waarschuwt dat bij toepassing van art. 81 RO de gedachte kan opkomen dat de middelen misschien een beetje lastig te weerleggen waren. Keulen, 2012:58. Waarschijnlijk was de aanleiding voor zijn artikel gelegen in HR 29 november 2011, LJN: BQ6700. De 22 middelen die in die zaak, die betrekking had op een BTW-carrousel, waren ingediend, richtten zich vrijwel alle tegen de motivering van de bewezenverklaring en de verwerping van terzake ingenomen uitdrukkelijk onderbouwde standpunten. In de overige middelen werd geklaagd over de strafmaat. De advocaat-generaal (Silvis) stelde in zijn conclusie dat twee van die middelen wellicht bespreking behoeften en dat de overigen zich leenden voor afdoening met art. 81 RO.

een democratische rechtsstaat een kerntaak van iedere rechter. Het is niet voorstelbaar dat de Hoge Raad, in strafzaken de hoogste en machtigste rechter van het land, die kerntaak van de rechterlijke macht in hoofdzaak aan de lagere rechter zou laten. Zou hij dat doen, dan is hij geen echte rechter meer.

Nu wordt er ook niet vanuit gegaan dat de Hoge Raad die taak niet tot de zijne rekent, maar wel is het wonderlijk dat daarvoor in het kader van het debat over de taken van de Hoge Raad zo weinig aandacht bestaat. Zo beschouwd kan immers de rechtsbeschermende taak niet als minder belangrijk dan de rechtsvormende worden beschouwd. Zij is alleen van een andere orde door de sterk rechtspolitieke dimensie. In het huidige politiek tijdsgewricht is rechtsbescherming van verdachten een weinig populair onderwerp.⁴⁴²

De Hoge Raad vindt recht, vormt recht en voert aldus rechtspolitiek beleid. Dat beleid beweegt zich in het spanningsveld tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming. In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat de Hoge Raad, evenals alle hoogste rechters, daarbij gouvernementeler is dan de rechters in feitelijke aanleg en dat hij neigt naar een voorkeur voor instrumentaliteit als 'stuursysteem'.

Met het voorgaande is nog niets gezegd over of een meer instrumentele of een meer rechtsbeschermende koers goed of niet goed is en dat is in zijn algemeenheid ook niet te zeggen. Zo simpel ligt dat immers in het recht niet. Officiëren, advocaten en rechters zullen daarover vaak heel verschillend denken, om van verdachten en slachtoffers nog maar niet te spreken. Uitspraken van de Hoge Raad worden door de een wel, en door de ander niet als 'juist' beschouwd. In het strafrecht worden de geesten vaak verdeeld door precies het hiervoor besproken onderscheid tussen rechtsbescherming en instrumentaliteit. Hoewel ook dat onderscheid misschien theoretisch uiteindelijk niet haarscherp is, wordt dat in de praktijk wel zo gevoeld.

Evenmin is in dit deel iets gezegd over hoe instrumenteel of juist rechtsbeschermend de jurisprudentie van de Hoge Raad in de afgelopen decennia is geweest. Hierna zal in deel 3 nader worden ingegaan op onder meer de koers die de Hoge Raad met name in dit spanningsveld volgt, nadat in deel 2 is uiteengezet hoe de Hoge Raad bij het beoordelen van aan hem voorgelegde zaken te werk gaat.

⁴⁴² Getuige bijvoorbeeld de slogans van een toch niet als extreem beschouwde partij als de VVD voor de verkiezingen van september 2012: 'Meer straf en minder begrip voor criminelen' en 'Meeleven met slachtoffers, niet met daders'.

DEEL II: HOE WERKT DE CASSATIE?

3 De cassatiegronden

De gronden waarop de Hoge Raad uitspraken van lagere rechters kan vernietigen zijn vastgelegd in artikel 118 van de Grondwet en in artikel 79 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie. Die gronden zijn (kort gezegd) verzuim van vormen en schending van het recht. De wijze van afdoening door de Hoge Raad is thans te vinden in artikel 440 van het Wetboek van Strafvordering, waarvan lid 2 het typisch Nederlandse trekje bevat, dat de Hoge Raad de zaak na vernietiging zelf kan afdoen als dat mogelijk is zonder in een nieuw onderzoek naar de feiten te treden.⁴⁴³

3.1 Schending van het recht

3.1.1 *Wettelijke voorschriften en algemene regelingen*

Recht in de zin van artikel 79 RO zijn eerst en vooral de in Nederland geldende wettelijke voorschriften. Daaronder wordt ten eerste verstaan de wetten in formele zin. Daarnaast gelden als ‘recht’: ‘alle naar buiten werkende, tot een ieder gerichte algemene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in de zin van een regeling door de wetgevende macht, ontleent’, zo heeft de Hoge Raad in 1919 uitgemaakt.⁴⁴⁴ Onder die definitie vallen algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen, verordeningen van provincies, gemeenten en andere met verordenende bevoegdheden beklede openbare lichamen, mits zij steunen op directe of indirecte delegatie van wetgevende bevoegdheid door de formele wetgever.⁴⁴⁵ Met ‘naar buiten werkend’ wordt bedoeld dat een behoorlijke afkondiging⁴⁴⁶ moet hebben plaatsgevonden, waardoor de regeling voor een ieder kenbaar is, althans kan zijn. Met ‘tot een ieder gerichte algemene regelingen’ wordt bedoeld dat de regeling niet ziet op individuele gevallen. Dat laatste speelt met name in het bestuursrecht (waar individuele administratieve beschikkingen voorkomen) een rol. In het strafrecht zal dat niet snel voorkomen. Voor alle strafbepalingen geldt dat deze uiteindelijk op een wet in formele zin gebaseerd moeten zijn, zo volgt uit artikel 107 Gw.

⁴⁴³ Zie over de totstandkoming van deze wetgeving hoofdstuk 1.

⁴⁴⁴ Aldus HR 10 juni 1919, NJ 1919, 647 en 650. Zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:162-163.

⁴⁴⁵ Van Dorst, 2009:64-65; Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:163.

⁴⁴⁶ Zoals in het Staatsblad, de Staatscourant of, in het geval van gemeenten, in het gemeenteblad of door ter inzagenlegging in het gemeentehuis.

Er wordt vanuit gegaan dat alleen de centrale overheid de bevoegdheid toekomt bepaalde handelingen als misdrijf strafbaar te stellen.⁴⁴⁷ Bij verordeningen van lagere overheden gaat het steeds om overtredingen. Voor wat betreft ‘andere met verordenende bevoegdheden beklede openbare lichamen’ verdient de financiële toezichthouder AFM een bijzondere vermelding, nu aan deze instantie – een niet-overheidsorgaan – de bevoegdheid is toegekend het strafrechtelijk verbod op marktmanipulatie nader in te vullen.⁴⁴⁸

3.1.2 *Recht van de overzeese Koninkrijksdelen en het volkenrecht*

‘Recht’ in de hier bedoelde zin zijn ook het recht van de overzeese Koninkrijksdelen en het volkenrecht. Onder dat laatste wordt verstaan het (verdragen-)recht dat geldt tussen staten onderling en tussen staten en internationale en supranationale organisaties, alsmede de krachtens zulke verdragen gegeven regels en voorschriften, echter wel alleen voor zover daaraan rechtstreekse werking toekomt.⁴⁴⁹ Om na te gaan of dat zo is, moet de rechter de betrokken verdragsbepalingen beoordelen. Indien die bepalingen rechtstreekse werking hebben, moet de rechter op grond van artikel 94 Grondwet daarmee strijdige Nederlandse wettelijke voorschriften buiten toepassing laten.

Het recht van de overzeese Koninkrijksdelen speelt in Nederland eigenlijk alleen een rol bij de beoordeling van de berechting van in die Koninkrijksdelen gepleegde feiten. Dat ligt bepaald anders voor het verdragenrecht. Het recht van de Europese Unie en de bepalingen van het EVRM vormen voor het straf- en strafprocesrecht de belangrijkste rechtsbronnen uit deze categorie.⁴⁵⁰ Aan alle (mensen)rechten die zijn vastgelegd in het EVRM en de daarbij behorende protocollen komt rechtstreekse werking toe. Hetzelfde geldt voor grote delen van het recht van de EU. Rechtstreekse werking is een basisbeginsel van het Gemeenschapsrecht, zo heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in het Van Gend en Loosarrest bepaald.⁴⁵¹ Dit betekent dat aan Verdragen, Verordeningen, Richtlijnen en Besluiten van de Europese Unie rechtstreekse werking toekomt. Het gemeenschapsrecht speelt al geruime tijd een belangrijke rol in het economisch strafrecht, maar de invloed daarvan neemt de laatste jaren ook op andere deelgebieden van het straf- en strafprocesrecht toe. Als van belang voor de (strafrechts)praktijk verdienen ook nog

447 Zie De Hullu, 2009:63, op zijn beurt verwijzend naar Koekkoek 2000:210.

448 Zie voor een kritische beschouwing van noodwetgeving n.a.v. de financiële crisis: Doorenbos, 2008:2360-2361. Hij vraagt zich onder meer af of het wenselijk is een zo vergaande wetgevende bevoegdheid aan een stichting – de Stichting AFM – over te laten.

449 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:168, verwijzend naar HR 8 november 1968, NJ 1969, 10 (GJS) en HR 23 november 1984, NJ 1985, 604 (EAA).

450 Tjong, 2007:aant. 5.4.

451 HvJEG 5 februari 1963, Jur. 1963, 3.

vermelding de VN-verdragen, zoals het BUPO-verdrag, dat grote overeenkomsten vertoont met het EVRM, en diverse bilaterale verdragen die met name een rol spelen bij internationale rechtshulp en uitlevering.

3.1.3 *Schending van het recht*

Ook ongeschreven recht kan recht in de zin van artikel 79 RO zijn. Daarbij moet in het strafrecht ten eerste worden gedacht aan ongeschreven rechtvaardigings- en strafuitsluitingsgronden, zoals afwezigheid van alle schuld (avas) en het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid. Ook heeft de strafdkamer van de Hoge Raad zich door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur laten inspireren tot het erkennen van de gelding van algemene beginselen van een behoorlijke procesorde in het strafrecht.⁴⁵²

3.1.4 *Beleidsregels*

De laatste categorie strafrechtelijke regels die tot het recht in de zin van artikel 79 RO behoort is die van de beleidsregels, voorheen ook wel aangeduid als ‘pseudo-wetgeving’. Dat zijn regels die de overheid geeft, niet op grond van een uitdrukkelijk in de wet verankerde bevoegdheid tot regelgeving, maar op grond van haar algemene bestuursbevoegdheid; de overheid hanteert deze regels bij de uitoefening van die bestuursbevoegdheid, voorzover deze niet gebonden is op grond van wetten in materiële zin.⁴⁵³ Op 28 maart 1990 knoopte de belastingkamer van de Hoge Raad bij deze definitie aan en oordeelde dat ‘recht’ ook is

‘door een bestuursorgaan binnen zijn bestuursbevoegdheid vastgestelde en behoorlijk bekendgemaakte regels omtrent de uitoefening van zijn beleid, die, hoewel geen algemeen verbindende voorschriften, het bestuursorgaan op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur binden en die zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast.’⁴⁵⁴

Op 19 juni 1990 volgde de strafdkamer dit oordeel.⁴⁵⁵ Overigens vond ook voordien al toetsing plaats van handelen van het openbaar ministerie in strijd met zijn

452 Voor het eerst in HR NJ 1978, 358 m.nt. Th.W.vV. Deze beginselen zijn het verbod van willekeur, het vertrouwensbeginsel, het verbod van *détournement de pouvoir* en het gelijkheidsbeginsel. Een beroep op dat laatste beginsel stuit in het strafrecht echter vrijwel steeds af op de beleidsvrijheid die het Openbaar Ministerie in zijn vervolging toekomt (opportuniteitsbeginsel). Ook onrechtmatig optreden van opsporingsambtenaren kan als strijdig met deze beginselen worden gekwalificeerd. Zie hierover uitvoerig Cleiren, 1989.

453 Deze definitie is afkomstig van Van Kreveld, 1983 en geciteerd door Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:174.

454 HR 28 maart 1990, NJ 1991, 118 m.nt. MS. De uitspraak had betrekking op de Leidraad Administratieve Boeten.

455 HR 19 juni 1990, NJ 1991, 119 m.nt. ThWvV. Deze uitspraak ging over de Richtlijn OM Belastingdienst.

richtlijnen, te weten langs de weg van schending van het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.⁴⁵⁶

Niet bindende regels daarentegen zijn geen ‘recht’. Gedacht kan daarbij worden aan de oriëntatiepunten voor de straftoemeting die door de zittende magistratuur kunnen (maar niet moeten) worden gehanteerd.

3.1.5 *Vreemd recht is geen ‘recht’*

In artikel 79 RO is bepaald dat schending van het recht van vreemde staten geen cassatiegrond is. Dit is voorafgaand aan de wetswijziging van 1963 onderwerp geweest van stevig debat, waarbij uiteindelijk om redenen van zowel systematische als praktische aard is besloten deze uitzondering te handhaven. De systematische redenen waren dat uitspraken van de Hoge Raad over vreemd recht geen betekenis zouden hebben voor de rechtsvorming en niet zouden worden gedaan met het oog op de rechtseenheid. Daarnaast schijnt de Hoge Raad zelf uit vrees voor negatieve gevolgen voor zijn werkbelasting tegen uitbreiding van zijn toetsingsmogelijkheden te zijn geweest.^{457 458}

3.1.6 *Wat is ‘schending’?*

Er is sprake van ‘schending van het recht’ als de Hoge Raad constateert dat de feitenrechter over de inhoud of de toepasselijkheid van een rechtsregel onjuist heeft geoordeeld. Dit onjuiste oordeel kan op drie manieren aan het licht komen: a. de rechter legt de rechtsregel onjuist uit; b. hij past de regel ten onrechte toe of c. hij past de regel ten onrechte niet toe.⁴⁵⁹ De Hoge Raad stelt dan vast wat de inhoud en toepasselijkheid van de betreffende rechtsregel zijn. Het kan daarbij zowel gaan om regels van materieel recht als om regels van procesrecht. Over welke schendingen van procesrechtelijke regels als rechtsschending te kwalificeren zijn, wordt tamelijk verschillend gedacht. Minister van Justitie Beerman zei hierover bij gelegenheid van de wetswijziging van 1963, dat dit met name betrof: ‘de regels die de procesgang – de rechten en verplichtingen van partijen en de taak van de rechter in het proces – bepalen’.⁴⁶⁰ De Jong en Van der Neut stelden in hun uitvoerige artikel over vormverzuimen uit 1983 dat schending van ‘voorschriften die de rechter de door hem in een bepaald geval te geven *beslissing* dicteren’ als rechtsschendingen te beschouwen zijn. Ze hanteerden daarbij overigens een negatief

⁴⁵⁶ Corstens, 2005:32.

⁴⁵⁷ Tjong, 2007:aant. 5.2 op art. 440.

⁴⁵⁸ Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad oordelen van lagere rechters over vreemd recht wel marginaal toetst. Hij doet dat door die als ‘feitelijk’ aangemerkte oordelen te toetsen op hun begrijpelijkheid. Zie Tjong, 2007:aant. 5.5 op art. 440.

⁴⁵⁹ Zie De Jong en Van der Neut, 1983:395.

⁴⁶⁰ Zie De Hullu, 1989:82-83, waar hij de redenering van de Minister zoals neergelegd in de MvA volledig citeert.

criterium, te weten dat dergelijke schendingen rechtsschendingen zijn omdat ze niet als vormverzuim beschouwd kunnen worden.⁴⁶¹ Van Dorst stelt dat het ‘vaste traditie’ is dat sprake is van rechtsschending als de feitenrechter ten onrechte één van de beslissingen genoemd in artikel 349 lid 1 Sv heeft genomen, dan wel de verdachte ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard in zijn appel. Hetzelfde geldt als de rechter ten onrechte heeft nagelaten dergelijke beslissingen te nemen. Meer in het algemeen is zijn opvatting dat schending van strafprocesrechtelijke regels schending van het recht oplevert als het gaat om schending van een aan een procesdeelnemer toegekend processueel recht, zoals bijvoorbeeld het verschoningsrecht of een onjuiste uitleg van een – strafprocessuele – wettelijke term.⁴⁶² Dit onderwerp zal uitvoeriger aan de orde komen bij de bespreking van vormverzuimen hieronder.

Bij het beoordelen of sprake is van een schending van het recht toetst de Hoge Raad aan het recht zoals dit geldt op het moment van zijn beslissing. Hij deed dit voor het eerst in 1963, in het beroemde ‘Kousen en sokken-arrest’,⁴⁶³ en gaf daarmee inhoud aan zijn positie als hoogste feitenrechter: waar een cassatierechter in de strikte zin van het woord zich beperkt tot het controleren van de feitenrechter en dus alleen kan nagaan of deze fouten heeft gemaakt bij het toepassen van het recht dat gold ten tijde van het nemen van diens beslissing, kan de Hoge Raad de juiste beslissing in hoogste instantie geven.

Op de vraag hoe de Hoge Raad tot het oordeel komt dat sprake is van schending van het recht wordt ingegaan bij de behandeling van de rechtsvinding.⁴⁶⁴

3.2 Verzuim van vormen

3.2.1 *Wettelijke regeling*

Van een vormverzuim is sprake wanneer een (geschreven of ongeschreven) strafvorderlijk voorschrift niet is nageleefd. In artikel 79 RO is deze vernietigingsgrond als volgt omschreven: ‘verzuim van vormen voor zover de niet-naleving daarvan uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd, of zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm’. Dat levert twee soorten nietigheden op: formele en substantiële.

In artikel 431 Sv, de strafvorderlijke bepaling over vormverzuimen, wordt het begrip beperkter omschreven, te weten als ‘verzuim van vormen op straffe van nietigheid voorgeschreven’. Daardoor lijkt het alsof in strafzaken de niet-naleving van andere procedurele voorschriften nooit tot nietigheid zou kunnen leiden. Die indruk is echter onjuist. De oorzaak van het verschil is dat de wetgever in 1963, toen de substantiële nietigheden in het huidige artikel 79 RO werden opgenomen,

⁴⁶¹ Het begrip vormverzuimen komt onder 3.2 aan de orde.

⁴⁶² Van Dorst, 2009:68.

⁴⁶³ HR 26 juni 1963, NJ 1963, 12 en 44, m.nt. WP.

⁴⁶⁴ Zie hoofdstuk 2, onder 2.2.4 en hoofdstuk 5, onder 5.4.

waarschijnlijk vergeten is artikel 431 Sv hieraan aan te passen.⁴⁶⁵ Bij de herziening van de cassatieregeling eind jaren negentig is het onderwerp wel expliciet aan de orde geweest. De Hoge Raad en het College van Procureurs-Generaal hadden geopperd de substantiële nietigheden alsnog aan artikel 431 Sv toe te voegen, maar de regering vond dit niet aansluiten bij het toen tevens aanhangige voorstel voor de Wet Vormverzuimen, waarin de nietigheid nu juist alleen was gehandhaafd voor gevallen waarin sprake was van wezenlijke vormvoorschriften.⁴⁶⁶ Bij die gelegenheid lijkt echter het bestaan van artikel 79 RO op zijn beurt vergeten te zijn. Over de verhouding van artikel 431 Sv tot die bepaling is althans bij de parlementaire behandeling niets gezegd.⁴⁶⁷ Nu echter artikel 79 RO de basis van de competentie van de Hoge Raad als cassatierechter vormt,⁴⁶⁸ lijkt nog steeds een wettelijke basis te bestaan voor vernietiging wanneer de Hoge Raad van oordeel is dat sprake is van een vormverzuim waardoor een wezenlijk belang is geschonden – ook wanneer dit vormverzuim niet uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd.⁴⁶⁹

In artikel 431 Sv is verder bepaald dat niet alleen vormverzuimen in het vonnis of arrest, maar tevens die, welke hebben plaatsgehad in de loop van het rechtsgeding, grond tot vernietiging geven. Dat betekent dat over procedurele fouten van de rechter, begaan vanaf het moment van het uitbrengen van de dagvaarding, in cassatie geklaagd kan worden. Daarmee wordt uiteraard bedoeld op fouten van de rechter tegen wiens uitspraak het cassatieberoep is gericht en op de dagvaarding waarmee het geding voor deze rechter een aanvang nam.⁴⁷⁰

Ook vormverzuimen in het vooronderzoek kunnen tot cassatie leiden, zij het via een omweg. Voor dergelijke verzuimen heeft de wetgever in artikel 359a Sv voorzien in een systeem van belangenafweging door de feitenrechter, waarbij de ernst van het verzuim wordt afgewogen tegen de belangen van de verdediging. De Hoge Raad toetst de belangenafweging die de feitenrechter heeft gemaakt op toepassing van de juiste maatstaf (een rechtsoordeel) en begrijpelijkheid (de motivering).

465 Zie Tjong, 2007:aant. 6.5, verwijzend naar de dissertatie van Cleiren, 1989. Van Dorst merkt echter op dat de regeling van art. 431 strookt met de opvatting dat de wetswijziging van 1963 voor het strafprocesrecht de minst ingrijpende betekenis had, omdat gelet op het strikte karakter daarvan de ruimte voor nadere rechtsvorming op dit terrein gering leek. Zie Van Dorst, 2009:151.

466 Zie Kamerstukken II 1996/1997, 25 240, nr. 3, p. 7. Corstens en Spong verbinden hieraan de conclusie dat art. 431 Sv alleen op formele nietigheden ziet. Zie Corstens, 2005:741 en Spong, 2009:621.

467 Zie Kamerstukken II 1996/97, 25 240.

468 Zie Corstens, 2005:740.

469 Corstens stelt hierover niet meer dan dat de Hoge Raad 'ten aanzien van een aantal niet op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen (heeft) aangenomen dat verzuim ervan toch tot nietigheid leidt'. Zie Corstens, 2005.

470 Zie hierover nader Tjong, 2007:aant. 7.3 t/m 7.5.

3.2.2 *Wanneer is sprake van een vormverzuim?*

Van vormverzuim is sprake wanneer de rechter procedureregels schendt. Schending van dergelijke regels wordt door de Hoge Raad echter niet altijd aangemerkt als ‘vormverzuim’, maar soms ook als een ‘schending van het recht’. Uitgaande van een begrippentegenstelling zou gesteld kunnen worden dat zich een vormverzuim voordoet als de rechter nalaat een procesrechtelijke regel toe te passen, of deze op onjuiste wijze toepast, terwijl daarbij niet blijkt van een onjuiste opvatting over de inhoud of toepasselijkheid van die regel. Maar zo eenvoudig is het niet. Van een begrippentegenstelling is geen sprake.

Over de vraag wanneer de niet-naleving van een strafvorderlijke regel een vormverzuim oplevert heeft minister van justitie Beerman in 1963 gesteld dat dit het geval is wanneer sprake is van schending van ‘een (...) processueel vormvoorschrift, over het bestaan of de inhoud waarvan niemand twijfelt’.⁴⁷¹ Hij volgde hiermee een oude traditie in de doctrine, waarin onderscheid werd gemaakt tussen ‘error in iudicando’ en ‘error in procedendo’.⁴⁷² De toenmalig president van de Hoge Raad Donner achtte dit terecht vanwege ‘het verschillend gezichtspunt waaronder beide gronden van cassatie staan’. Hij zag het casseren wegens vormverzuim als ‘een stuk disciplinair recht’, waardoor werd gewaarborgd dat rechters zich aan de door de wet voorgeschreven vormen zouden houden.⁴⁷³ Melai was echter kritisch over het handhaven van het onderscheid tussen rechtsschending en vormverzuim. Hij wees erop dat de strafrechtelijke procedure onder invloed van toen nieuwe begrippen als ‘due process’ en ‘equality of arms’ een complexe waarde op zichzelf was geworden, waarin de aan de vormvoorschriften ten grondslag liggende opvattingen steeds dringender zelf aan de orde worden gesteld. Daardoor kon niet meer gezegd worden dat het vaststellen van een vormverzuim steeds een juridisch eenvoudige kwestie was.⁴⁷⁴ Het feit dat de Hoge Raad rond dezelfde tijd ongeschreven substantiële vormvoorschriften begon aan te nemen versterkte dit punt nog. De Jong en Van der Neut schreven in 1983 dat onder vormvoorschriften die bepalingen moeten worden verstaan, die ‘globaal gesproken betrekking hebben op de bij het geven van een beslissing te volgen procedure. Bepalingen die voorschrijven hoe die beslissing in een bepaald geval moet luiden, vallen daar niet onder’.⁴⁷⁵ Van Dorst onthoudt zich van een definitie, maar uit zijn betoog lijkt te kunnen worden afgeleid dat hij van opvatting is dat alle procesrechtelijke regels vormvoorschriften zijn en dat schending daarvan vormverzuim oplevert, maar dat schending van bepaalde procesrechtelijke regels ook rechtsschending kan opleveren.⁴⁷⁶

Tjong ziet het begrip vormverzuimen in de zin van artikel 431 Sv als een deelcategorie van het begrip vormverzuimen in brede zin. Hij stelt dat dit geen eenduidig begrip is en richt zich voor wat betreft de betekenis ervan naar de Wet

471 Zie De Hullu, 1989:83.

472 Zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:154-155 en 255.

473 Zie Donner, 1962:15.

474 Melai, 1987:351-352. Hij riep daarom op tot afschaffing van het verschil in afdoening.

475 De Jong en Van der Neut, 1983:394.

476 Van Dorst, 2009:67-69.

Vormverzuimen en het rapport van de Commissie Herijking Wetboek van Strafvordering, beter bekend als de Commissie Moons. Deze commissie heeft het begrip omschreven als het niet-naleven van alle geschreven en ongeschreven processuele vormvoorschriften.⁴⁷⁷ De reden van deze zeer open omschrijving is dat moet worden voorkomen dat bepaalde normschendingen buiten de boot van de rechterlijke toetsing vallen. Er is wel gezocht naar een meer eenduidig criterium, maar daarover bleek in de literatuur geen overeenstemming te bestaan. Tjong stelt dat daarom het begrip waaraan artikel 431 Sv refereert, het best kan worden benaderd als een deelgroep van vormvoorschriften waarvan de samenstelling wordt bepaald door een typisch op het cassatieproces gerichte afbakening.⁴⁷⁸ Die afbakening bestaat eruit dat het moet gaan om vormverzuimen van de rechter die de in cassatie bestreden uitspraak heeft gedaan, omdat de toetsing door de Hoge Raad daar nu eenmaal toe beperkt is.

3.2.3 *Een vormverzuim is ook een rechtsschending*

Wat opvalt, is dat ‘vormverzuim’ en ‘rechtsschending’ ongelijksoortige begrippen zijn. Het begrip ‘vormverzuim’ is gekoppeld aan de aard van een bepaalde rechtsregel, gekenmerkt als een ‘vormvoorschrift’, terwijl het begrip ‘rechtsschending’ betrekking heeft op een onjuist oordeel omtrent willekeurig welke soort rechtsregel, dus ook op regels die als vormvoorschrift kunnen worden aangemerkt. De begrippen overlappen elkaar. Het is inmiddels ook onomstreden dat een vormverzuim een bijzondere vorm van rechtsschending is, waarover hieronder meer.

Dat het vormverzuim aan een bepaald soort rechtsregels wordt gekoppeld, ligt in zijn aard besloten. De in een procedure in acht te nemen vormen zijn immers in zowel geschreven als ongeschreven procesrechtelijke regels neergelegd. Daarom wordt hier aangenomen dat voor al die procedureregels geldt dat verzuim ervan een vormverzuim oplevert. Wel geldt voor vormverzuimen in cassatie de beperking, dat het vormverzuim moet zijn begaan door de rechter die de in cassatie bestreden uitspraak heeft gedaan en dat het dus bij vormverzuimen in de zin van artikel 79 RO en artikel 431 Sv⁴⁷⁹ gaat om tot die rechter gerichte vormvoorschriften, zoals gesteld door Tjong.⁴⁸⁰ Niet valt in te zien waarom het begrip verder zou moeten worden ingeperkt.

477 Ook in HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376, ook welbekend als het Afvoerpijparrest, het standaardarrest over vormverzuimen, wordt verwezen naar deze ruime definitie in de Mvt van de Wet Vormverzuimen.

478 Zie Tjong, 2007:aant. 3.2 op art. 431 Sv.

479 Hierbij moet wel in herinnering worden gebracht dat uit de wetsgeschiedenis van art. 431 Sv blijkt dat de wetgever het bereik van die bepaling heeft willen beperken tot de vormen die met wettelijke nietigheid zijn bedreigd, zoals uiteengezet in paragraaf 2.a.

480 Zie Tjong, 2007:aant. 5.

Dit betekent dat beide cassatiegronden naast elkaar kunnen bestaan. Als de rechter tegen wiens beslissing de cassatie is gericht een procedureregelschending, is sprake van vormverzuim. Als hij daarbij blijkt geeft van een onjuiste opvatting omtrent de inhoud of de toepasselijkheid van die regel, is daarnaast sprake van rechtsschending.

Deze uitvoerig uitgevallen uiteenzetting moet worden besloten met de mededeling dat het onderscheid inmiddels ieder praktisch belang ontbeert, zoals hieronder nader zal worden uiteengezet.

3.2.4 *De historische achtergrond van het bestaan van twee cassatiegronden*

Eigenlijk is het verbazend dat de wet nog steeds twee cassatiegronden kent. Weliswaar heeft het onderscheid, zoals we in het vorige hoofdstuk zagen, van oudsher bestaan, maar met de Grondwetswijziging van 1983 is een kentering ingetreden. Artikel 118 Grondwet luidt immers sindsdien dat de Hoge Raad is belast met de cassatie van rechterlijke uitspraken wegens 'schending van het recht'. De wetgever stelde zich hierbij op het standpunt dat vormverzuimen onder het begrip 'schending van het recht' vallen.⁴⁸¹

Uit de wetsgeschiedenis van de belangrijke wijziging van de Wet RO in 1963, waarbij in artikel 79 RO 'schending van de wet' werd veranderd in 'schending van het recht' en de substantiële nietigheden als cassabele vormverzuimen werden toegevoegd, blijkt dat de wetgever zelfs al langer de opvatting huldigt dat vormverzuim een rechtsschending is.⁴⁸² Anders dan in het geval van andere rechtsschendingen wilde hij, in de persoon van de al meermalen genoemde minister van justitie Beerman, echter niet dat een vormgebrek altijd tot vernietiging zou leiden. Door vormverzuimen apart te blijven noemen kon de verplichting tot vernietiging worden beperkt tot de gevallen waarin ze in de wet met nietigheid waren bedreigd. De vaste kamercommissie voor justitie achtte dit destijds kennelijk principieel onjuist en stelde voor schending van het recht als enige cassatiegrond op te nemen. Daaraan zou dan moeten worden toegevoegd dat in geval van vormverzuim vernietiging alleen zou kunnen volgen als de betrokken vorm op straffe van nietigheid was voorgeschreven of als die vorm 'tot het wezen van de procedure' behoorde. De minister reageerde op eigen wijze: hij bleef bij zijn standpunt voor wat betreft de twee cassatiegronden, maar voegde in reactie op dit voorstel wel de substantiële nietigheden aan de bepaling toe.⁴⁸³

Ter rechtvaardiging van het gehandhaafde onderscheid in de Wet RO wees de minister op het onderscheid tussen rechtsoordelen enerzijds en de nakoming door de rechter van eenvoudige procesrechtelijke voorschriften of instructies anderzijds, zoals hiervoor bij de bespreking van de cassatiegronden al werd weergegeven. Hij zag het beoordelen van rechtsoordelen, waarbij de Hoge Raad de inhoud of toepasselijkheid van rechtsregels bindend vaststelt, als de invulling van het meest

481 Zie Bax, 2000:540.

482 Zie Melai, 1987:345.

483 Zie De Hullu, 1989:82.

kenmerkende doel van de cassatie: dat van rechtsvorming in relatie met handhaving van de rechtseenheid. De controle op vormvoorschriften, over de toepasselijkheid en gelding waarvan geen discussie kon bestaan, zag hij als louter controle op een behoorlijk (want rechtmatig) verloop van het geding. De Jong en Van der Neut zagen in 1983 ook nog wel iets in het onderscheid. Zij meenden dat het in de eerste plaats grote betekenis had als raamwerk waarmee de toetsingsruimte van de cassatierechter op verantwoorde wijze begrensd kan worden en dat in de tweede plaats het vormverzuim zijn bestaansrecht als afzonderlijke cassatiegrond met eigen regels was blijven behouden. Ter illustratie wezen zij op de relativering van de nietigheden, die specifiek op het vormverzuim betrekking heeft, en naar de steeds verder uitgebreide toetsing van de motivering, die mede aan de explicatiefunctie van het vonnis bijdraagt. Als gezegd meende Melai daarentegen dat het onderscheid achterhaald was.⁴⁸⁴ Het onderscheid tussen rechtsschending en vormverzuim had in de ogen van de wetgever van 1963 gevolgen voor zowel de omvang van de vernietiging als de verdere afdoening. Artikel 411 (oud) Sv schreef voor dat verzuim van vormen diende te leiden tot verwijzing naar een andere rechter dan die welke de vernietigde uitspraak had gewezen. In geval van schending van het recht moest de Hoge Raad de zaak zelf afdoen, tenzij dit onmogelijk was zonder nader feitenonderzoek. In dat geval verplichtte de wet tot terugwijzing naar de rechter die het vernietigde arrest of vonnis had gewezen. De Hoge Raad heeft zich hier tot ongeveer 1925 consequent aan gehouden maar is er daarna soepeler mee omgegaan.⁴⁸⁵

3.2.5 *Verband tussen de cassatiegronden en de doelen van de cassatie*

In 1998 werd dit verschil in afdoening afgeschaft,⁴⁸⁶ maar het onderscheid tussen schending van het recht en vormverzuim bleef gehandhaafd. Tegenwoordig wordt het met name nuttig gevonden omdat de verschillende doelen van de cassatie erin tot uiting zouden komen. De gangbare visie is dat schending van het recht de grond is die er primair toe strekt om de gelding van het materiële strafrecht – waaronder ook het sanctierecht – te verzekeren, de rechtseenheid te bevorderen en leiding te geven aan de rechtsvorming. Verzuim van vormen moet dan meer worden gezien in het kader van de controle op het juiste verloop van de procedurele aspecten van de aanhangige strafzaak.⁴⁸⁷ Van Dorst stelt dat de betekenis van vormvoorschriften daarin is gelegen dat zij een waarborg vormen voor juiste beslissingen.⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ Zie hiervoor onder 3.2.1.

⁴⁸⁵ Deze regeling is ingevolge de Wet van 1 oktober 1998, *Stb.* 1998, 591 vervallen. Zie hierover Tjong, 2007:aant. 6.3 op art. 431 Sv in Melai en Groenhuijsen, 2007. Opmerkelijk is overigens dat het verschil in verdere afdoening in het burgerlijk recht in 1963 al wél werd afgeschaft omdat het van de omstandigheden afhing of een nieuwe behandeling beter door dezelfde of door een andere rechter zou kunnen geschieden. Zie Melai, 1987:347-348.

⁴⁸⁶ Wet van 1 oktober 1998, *Stb.* 1998, 591.

⁴⁸⁷ Zie De Hullu, 1989:242; Van Dorst, 2009:152 en Corstens, 2005:741.

⁴⁸⁸ Van Dorst, 2009:147.

Daarbij mag niet onvermeld blijven dat wetgever en Hoge Raad in de rechtsvormende taak de kerntaak van de cassatierechter zien en het uitoefenen van controle op de rechtspleging een bijkomende. Zij achten deze in wezen ondergeschikt aan de rechtsvormende taak. Dit werd al uitvoerig besproken in hoofdstuk 2.

3.2.6 *Relativering van het verband tussen de cassatiegronden en de doelen van de cassatie*

Is het onderscheid tussen de twee cassatiegronden inhoudelijk al onhelder, ook het onderscheid in doelen is in de praktijk vervaagd. Dat komt vooral door de uitbreiding van de motiveringsplicht. Oorspronkelijk oordeelde de Hoge Raad dat aan een wettelijke motiveringsverplichting was voldaan als de feitenrechter enige motivering in zijn uitspraak had opgenomen – dat mocht een nietszeggende formule zijn. Bij die uitleg was het motiveringsvereiste inderdaad niet meer dan een eenvoudig vormvoorschrift. Echter, vanaf het moment dat de Hoge Raad in de jaren twintig van de vorige eeuw inhoudelijke eisen aan de motivering ging stellen en deze begon te toetsen op begrijpelijkheid, kon moeilijk meer worden volgehouden dat sprake was van een eenvoudig vormvoorschrift. In verschillende arresten gaf de Hoge Raad als reden voor deze verruimde toetsing dat de strekking van de motiveringsvoorschriften onder meer is, dat in cassatie moet kunnen worden beoordeeld of de wet op de juiste wijze is toegepast. Aldus ging deze cassatiegrond mede hetzelfde doel dienen als de rechtsschending, waardoor het karakterverschil tussen beide vervaagde.⁴⁸⁹ De vernietiging wegens een gebrekkige motivering ontwikkelde zich in de jurisprudentie tot een belangrijk instrument, waarmee de Hoge Raad zowel de rechtseenheid als de deugdelijkheid van de rechtspraak tracht te bevorderen.⁴⁹⁰ In de volgende paragraaf wordt nader op het motiveringsvereiste ingegaan.

3.2.7 *Vrijheid van de Hoge Raad in de keuze van de vernietigingsgrond: ‘vorm-middel gaat voor fond-middel’*

De relativering van het onderscheid tussen rechtsschending en vormverzuim wordt verder geïllustreerd door het feit dat de Hoge Raad al decennia lang de vrijheid neemt een vernietigingsgrond te kiezen waar dat mogelijk is – en dat is vaak mogelijk. Als sprake is van rechtsschending is immers ook sprake van een motiveringsgebrek.⁴⁹¹ Hoe zou immers een onjuist oordeel van een goede motivering voorzien kunnen zijn? Daarbij komt dat van een ruime overlap van de twee begrippen sprake is, zoals hiervoor werd besproken.⁴⁹²

⁴⁸⁹ Zie De Jong en Van der Neut, 1983:398.

⁴⁹⁰ Zie Tjong, 2007:aant. 6.4 op art. 431.

⁴⁹¹ Van Dorst, 2009:69.

⁴⁹² Zie hiervoor onder 3.2.1

In de tijd dat dit onderscheid nog gevolgen had voor de wijze van afdoening na vernietiging, wenste de Hoge Raad die gevolgen om doelmatigheidsredenen nog wel eens te omzeilen en paste dan de vernietigingsgrond aan de gewenste afdoeningsvorm aan – in plaats van andersom. Wanneer beide vernietigingsgronden zich voordeden, betekende vernietiging wegens schending van het recht immers dat de zaak (als de Hoge Raad niet zelf kon afdoen) terugging naar dezelfde feitenrechter, die echter ook een vormfout had begaan.⁴⁹³

Was die rechter aan de behandeling van de hoofdzaak niet toegekomen, dan achtte de Hoge Raad het niet bezwaarlijk dat hij dat alsnog zou gaan doen en casseerde op grond van een rechtsschending. Had die rechter zich al wel een oordeel over de hoofdzaak gevormd, dan werd vernietigd wegens een vormverzuim. Als de Hoge Raad het doelmatig vond de zaak zelf af te doen, viel de keuze weer op de rechtsschending.⁴⁹⁴

Maar ook los daarvan is de Hoge Raad al decennia lang geneigd bij motiveringen die mogelijk blijken van een onjuiste rechtsopvatting de beslissing te vernietigen wegens verzuim van vormen, omdat de beslissing (ook) onvoldoende is gemotiveerd.

Deze neiging is verheven tot een ongeschreven regel van cassatie-procesrecht: ‘vorm-middel gaat voor fond-middel’. De Jong en Van der Neut veronderstelden dat deze regel oorspronkelijk is ontstaan vanuit de gedachte dat een wezenlijke vormfout in beginsel algehele nietigheid van de uitspraak meebrengt. De vraag of ook het recht is geschonden, komt dan niet meer aan de orde. Verder zou het onverenigbaar zijn met de algehele nietigheid van het vonnis en de daaruit volgende noodzaak van een geheel nieuwe behandeling van de zaak, dat de Hoge Raad – na vernietiging wegens rechtsschending – de zaak zelf zou afdoen of zou terugwijzen ter *verdere* berechting en afdoening.⁴⁹⁵ Zij achten deze redenering ‘logisch’ voorzover het gaat om wat zij klassieke vormverzuimen noemen, zoals het verzuim de verdachte het laatste woord te geven. Nadat echter het verzuim van vormen was verruimd met inhoudelijke motiveringsgebreken, vonden zij deze dominantie van het vormverzuim veel minder dwingend. Daarbij kwam nog dat de relativisering van de nietigheden er onder meer toe heeft geleid dat de vernietiging wegens een wezenlijk vormverzuim lang niet altijd meer een algehele vernietiging is; deze blijft vaak beperkt tot een deel van de bestreden uitspraak. Zij merkten op dat de Hoge Raad altijd al royale uitzonderingen op deze regel heeft gemaakt en bovendien om redenen van doelmatigheid ook nog wel eens een stap verder wil gaan door wegens schending van het recht te casseren en zelf af te doen, terwijl het (chrono)logisch bezien zuiverder was geweest op grond van vormverzuim te vernietigen (de Hoge Raad behandelt middelen in beginsel in de volgorde waarin ze worden ingediend, maar wijzigt bij de behandeling van vormmiddelen (waaronder motiveringsklachten)

493 Tjong, 2007:aant. 6., p. 32-36. Het werk van Van Veen waarnaar hij verwijst is Van Veen, 1974:19.

494 Van Dorst, 2009:153-154.

495 Zie De Jong en Van der Neut, 1983:404.

de volgorde als deze duidelijk in strijd komt met het beslissingsschema van de artikelen 348 en 350⁴⁹⁶).

Zowel Tjong als Van Dorst stelt dat de Hoge Raad bij de behandeling van cassatiemiddelen nog altijd aan het verzuim van vormen een zekere voorrang geeft boven de schending van het recht, wanneer de schriftuur beide cassatiegronden bevat, al wordt de regel niet strikt gehanteerd.⁴⁹⁷ ‘Als beide middelen terecht blijken, behandelt de Hoge Raad bij voorkeur eerst de vorm-middelen en komt hij niet meer aan de fond-middelen toe. Vorm-middel gaat voor fond-middel’, aldus Tjong. Dat kan anders zijn als er vanuit het oogpunt van de rechtsvorming of rechtsontwikkeling redenen zijn de fond-middelen wel te bespreken.⁴⁹⁸

Zeker is dat het aantal vernietigingen wegens vormverzuim het aantal vernietigingen wegens rechtsschending verre overtreft. Het verzuim van vormen is (ook?) tegenwoordig de dominerende cassatiegrond.⁴⁹⁹

Gezien het feit dat de Hoge Raad de laatste jaren steeds benadrukt zijn belangrijkste taak te zien in rechtsvorming en rechtsontwikkeling is dit een opmerkelijk gegeven. Enerzijds zou daarin een bevestiging kunnen worden gezien van de klacht van de Hoge Raad dat hij wordt overspoeld met zaken die bij hem niet thuishoren – waarbij de motiveringsklachten vaak met name worden genoemd⁵⁰⁰ – maar dat is toch wat gemakkelijk. In ieder geval is een deel van die klachten dus gegrond. Het opmerkelijke is dat rechtsvorming met name plaats zou vinden door middel van arresten waarin een rechtsschending wordt besproken. Als dat waar zou zijn, zou verwacht mogen worden dat de Hoge Raad iedere kans op het constateren van een rechtsschending zou aangrijpen om een rechtsvormende beslissing te geven. Een verklaring voor het feit dat hij dit niet altijd doet zou kunnen zijn dat de Hoge Raad ook vernietiging wegens motiveringsgebreken gebruikt als instrument om rechtsvormende beslissingen te geven. Ook zou misschien soms het ‘rechterlijk minimalisme’ een rol kunnen spelen, een begrip dat inhoudt dat de (hoogste) rechter bij voorkeur kiest voor een benadering waarin recht wordt gedaan in een individuele zaak en in het algemeen voorzichtig is met het geven van uitvoerig gemotiveerde uitspraken met regels die op vele zaken van toepassing zijn.⁵⁰¹ Ook schijnt het voor te komen dat de raadsheren het soms simpelweg over de uitkomst of de daaraan ten grondslag liggende redenering niet eens kunnen worden en daarom kiezen voor een andere weg. Kortom: hier spelen rechtspolitieke keuzes mede een rol. In de volgende hoofdstukken zal hierop dieper worden ingegaan.

3.2.8 Drie soorten vormverzuimen en hun sanctionering

Ingedeeld aan de hand van de sanctionering is sprake van drie soorten vormverzuimen:

496 Van Dorst, 2009:103-104.

497 Van Dorst, 2009:104.

498 Tjong, 2007:aant. 6.4.

499 Tjong, 2007:aant. 6.4.

500 Zie hierover hoofdstuk 2, De taken van de Hoge Raad.

501 Zie Loth, 2007:317-325.

- die welke in de wet met nietigheid zijn bedreigd, de formele nietigheden;
- die welke niet in de wet met nietigheid zijn bedreigd, maar desalniettemin in beginsel tot vernietiging door de Hoge Raad leiden, de substantiële nietigheden;
- die welke niet in de wet met nietigheid zijn bedreigd en niet of niet altijd tot vernietiging door de Hoge Raad leiden.

In 1996 is het aantal formele nietigheden door de inwerkingtreding van de Wet Vormverzuimen⁵⁰² flink teruggedrongen.⁵⁰³ De laatst overgeblevene betreffen verzuimen waarvan de wetgever meent dat nietigheid als sanctie daarop onder alle omstandigheden gerechtvaardigd is.⁵⁰⁴ Dat betreft wezenlijke voorschriften zoals de betekening en inhoud van de dagvaarding, het verbod aan de rechter-commissaris om deel uit te maken van de kamer die de verdachte berecht, het recht op het laatste woord en de inhoud en de motivering van het vonnis.⁵⁰⁵

Hoewel in artikel 431 Sv is bepaald dat formele nietigheden ‘grond tot vernietiging geven’, is duidelijk dat de Hoge Raad daartoe (inmiddels) niet altijd meer toe overgaat, maar soms zelf verbetering in de bestreden uitspraak aanbrengt.⁵⁰⁶ Diverse schrijvers menen dat absolute nietigheid te rigide is en dat in bijzondere gevallen, die de wetgever niet heeft kunnen voorzien, ook deze nietigheden mogen worden gerelativeerd als dat na concrete belangenafweging de betere oplossing is.⁵⁰⁷ Het feit dat weinig formele nietigheden meer bestaan, wil niet zeggen dat de wetgever heeft gevonden dat de overige vormvoorschriften van minder belang zouden zijn. In de Memorie van Toelichting bij de Wet Vormverzuimen is uitdrukkelijk gesteld dat de enige conclusie die uit de afschaffing van een groot aantal formele nietigheden mag worden getrokken is, dat de beoordeling van de schending van die voorschriften voortaan aan de rechter is overgelaten.⁵⁰⁸

502 Wet van 14 september 1995, *Stb.* 441, i.w.tr. op 4 november 1996. De wet was het gevolg van de voorstellen van de Commissie Moons en diende om de in die tijd inderdaad hier en daar uit de hand gelopen gevolgen van vormverzuimen in te dammen.

503 In het Wetboek van Strafvordering is een bepaling opgenomen die ziet op de beoordeling door de Hoge Raad van formele nietigheden, ofwel op niet naleving van procedurele voorschriften waarop de wet uitdrukkelijk nietigheid als sanctie stelt, te weten art. 431 Sv. Hierin is bepaald dat verzuim van dergelijke vormen grond voor vernietiging geeft zowel wanneer het verzuim heeft plaatsgevonden in het bestreden arrest of vonnis, als wanneer het heeft plaatsgehad in de loop van het rechtsgeding. Met dat laatste wordt bedoeld: het geding vanaf het moment van het uitbrengen van de dagvaarding. Van Dorst betitelt deze bepaling als ‘een rudiment van de oude opvatting dat alleen een formele nietigheid grond voor cassatie kon opleveren’. Zie Van Dorst, 2009:66.

504 Zie hierover ook bijvoorbeeld Valkenburg, 2011:aant. 1 en Corstens, 2005:26.

505 Het Wetboek van Strafvordering bevat nog 11 formele nietigheden, te weten in de artikelen 21, 226, 257t, 258, 268, 278, 311, 330, 358, 359 en 360.

506 Bijv. HR 22 juni 1993, NJ 1994, 500, m.nt. Corstens en HR 3 oktober 2006, NJ 2006, 550.

507 Zie Stamhuis, 2004:432 en Tjong, 2007:aant. 9.1 en 9.2, verwijzend naar Knigge en Fokkens.

508 Kamerstukken II 1993/1994, 23 705, nr. 3, p. 4.

Artikel 79 RO kent als gezegd ook nog steeds substantiële nietigheden. Wanneer sprake is van niet-naleving van een voorschrift dat niet uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd, zal het verzuim tot nietigheid leiden indien het gaat om een wezenlijke vorm van het strafproces⁵⁰⁹ en/of indien verdachte door het verzuim in enig belang is geschaad.⁵¹⁰ Wanneer de Hoge Raad tot nietigheid wegens een verzuim van zo'n wezenlijke vorm beslist, luidt de overweging ongeveer als volgt: 'dit verzuim strijdt zozeer met een behoorlijke procesorde dat het, nu het (...) onherstelbaar is, nietigheid van het onderzoek en de naar aanleiding daarvan gedane uitspraak meebrengt.'⁵¹¹

Tjong geeft een uitvoerig overzicht van vormvoorschriften die voorheen formele nietigheid opleverden en waaraan de Hoge Raad sindsdien substantiële nietigheid verbindt.⁵¹² Hij geeft daarbij ook aan in welke gevallen de Hoge Raad een dergelijke nietigheid wel eens heeft gerelativeerd. Deze relativering kan dus ook substantiële en mogelijk zelfs formele nietigheden treffen.⁵¹³ Voor de overige vormvoorschriften geldt dat de Hoge Raad bij schending daarvan repareert waar hij kan, maar tot vernietiging overgaat wanneer hij van oordeel is dat de verdachte door het verzuim in een rechtens te respecteren belang is geschaad.

Het lijkt erop dat geen enkele nietigheid absoluut is en dat iedere nietigheid kan worden gerelativeerd als de verdachte daardoor niet in enig (rechtens te respecteren) belang is geschaad.

3.3 Bijzonder vormverzuim: motiveringsgebreken

3.3.1 *Motiveringsgebreken*

Het motiveringsgebrek is veruit het belangrijkste vormverzuim, in ieder geval in kwantitatieve zin. Als de Hoge Raad uitspraken van de lagere rechter vernietigt, is dat als gezegd meestal op grond van een motiveringsgebrek.⁵¹⁴ Ook inhoudelijk verdienen motiveringskwesies de aandacht: een goede uitleg van het rechterlijk oordeel wordt in het algemeen belangrijk gevonden: 'Motivering kan de legitimiteit van de rechterlijke beslissing versterken, evenals de legaliteit en de juistheid ervan', aldus Buruma.⁵¹⁵ Daar komt nog bij dat de laatste jaren de zorg over de

509 Zie HR 24 mei 2005, NJ 2006, 433 m.nt. Mevis en HR 14 november 2006, LJN: AX7447. De uitspraken betroffen respectievelijk een bij het hof Amsterdam enige tijd bestaand hebbende praktijk van met de wet strijdige 'uittreksel-arresten' en het niet beëdigden van een ter zitting gehoorde getuige.

510 HR 5 december 2006, LJN: AY9214.

511 HR 15 februari 2005, LJN: AR5742, r.o. 3.4. Het verzuim betrof het ontbreken van de in hoger beroep overgelegde pleitnotities.

512 Tjong, 2007:aant. 10.3 op art. 431.

513 Tjong verwijst naar zeer oude jurisprudentie, zoals HR 18 mei 1932, NJ 1932, p. 1651, m.nt. T. Zie ook de conclusie van Jörg bij HR 25 januari 2005, LJN: AR7190, onder 27.

514 Zie Tjong, 2007:aant. 6.4 op art. 431. Dat was overigens in de tachtiger jaren ook al zo: zie Schaffmeister, 1988:68-69. Zeven van de tien zaken werden in de 10 jaar voorafgaand aan de publicatie van dit artikel wegens vormverzuim gecasseerd.

515 Buruma, 2005:72.

maatschappelijke aanvaarding van rechterlijke uitspraken, zeker in het strafrecht, een groeiende rol speelt. De Hoge Raad heeft daaruit geconcludeerd dat beslissingen van de feitenrechter niet alleen in cassatie controleerbaar moeten zijn, maar dat ook van belang is dat de gedachtegang van de rechter inzichtelijk is.⁵¹⁶ Dit alles is reden het vormverzuim van een gebrekkige motivering eens nader te bekijken.

In het vorige hoofdstuk werd al geconstateerd dat de Hoge Raad door het stellen van steeds meer inhoudelijke eisen het motiveringsvereiste ontwikkelde van eenvoudig vormvoorschrift naar een instrument om in cassatie te kunnen beoordelen of de wet op juiste wijze is toegepast en aldus tracht zowel de rechtseenheid als de deugdelijkheid van de rechtspraak te bevorderen.⁵¹⁷ Daarmee gebruikt hij het motiveringsvereiste om zowel zijn rechtsvormende- als zijn rechtsbeschermende taak inhoud te geven. Wanneer de Hoge Raad dit instrument inzet – en wanneer juist niet – en wat die inhoudelijke eisen behelzen, is echter niet gemakkelijk te doorgronden. Andere algemene eisen dan dat een motivering ‘niet onbegrijpelijk’ of ‘niet ontoereikend’ mag zijn, zijn immers in de jurisprudentie niet te vinden. Maar wat is eigenlijk ‘niet onbegrijpelijk’ en ‘niet ontoereikend’ en speelt het bereiken van de motiveringsdoelen ook een rol bij de toetsing in cassatie? En zo ja, op welke manier?⁵¹⁸

3.3.2 *Wettelijke motiveringsverplichtingen: van formele naar inhoudelijke eisen*

Sinds 1848 is in de Grondwet opgenomen dat vonnissen de gronden moeten inhouden waarop zij berusten. Tegenwoordig staat deze algemene motiveringsverplichting in artikel 121 Grondwet en in artikel 5 lid 1 Wet RO. Het civiele procesrecht kent eveneens een algemeen voorschrift.⁵¹⁹

⁵¹⁶ Zie HR 15 mei 2007, LJN: BA0425, r.o. 5.5.2 (Promis II-arrest). Ook in HR 11 april 2006, LJN: AU 9130 (het standaardarrest over art. 359 lid 2 Sv) komen de functies van de motivering aan de orde. In r.o. 3.5 wordt gewezen op opmerkingen die in de loop van het betreffende wetgevingsproces waren gemaakt aangaande de motiveringsverplichting. De HR vervolgt: ‘In die opmerkingen wordt onder meer gewezen op de belangen van de procesdeelnemers en de samenleving bij inzicht in de motivering van strafvonnissen alsmede op het belang van zelfcontrole door de rechter en controle door de hogere rechter van de oordeelsvorming van de lagere rechter. (vgl. Kamerstukken II 2003-2004, 29 271, nr. 1, p. 10, alsmede 29 255, nr. 3, p. 1 en nr. 8).’

⁵¹⁷ Zie hiervoor onder 3.2.2.

⁵¹⁸ In het navolgende wordt de toetsing door de Hoge Raad van motiveringen in uitspraken van de feitenrechter besproken. Dat betekent dat de motivering door de Hoge Raad zelf hier buiten beschouwing blijft.

⁵¹⁹ Te weten art. 230 lid 1 aanhef en sub e Rv., dat luidt ‘het vonnis moet vermelden de gronden van de beslissing, waaronder de feiten waarop de beslissing berust’.

In het Wetboek van Strafvordering staat de centrale motiveringsbepaling in artikel 359 Sv. Deze bevat echter niet één algemene verplichting, maar is uitgewerkt in een aantal specifieke vereisten, uitgesplitst naar de aard van de genomen beslissing. Dat is niet altijd zo geweest.

Oorspronkelijk bevatte ook het strafrecht alleen het vereiste dat het vonnis de gronden waarop het rustte moest vermelden. De wetgever dacht daarbij toen aan niet meer dan het vermelden van de bewezen geachte feiten en de artikelen op grond waarvan deze strafbaar waren.⁵²⁰ De wetgever wilde in het ‘verlichte’ begin van de twintigste eeuw echter meer.⁵²¹ Bij het Wetboek van Strafvordering van 1926 werden de uitvoeriger motiveringsvereisten van artikel 359 Sv ingevoerd. Vanaf toen moesten de belangrijkste beslissingen in het vonnis afzonderlijk gemotiveerd worden: de bewezenverklaring, de strafbaarheid van het feit, de strafbaarheid van de dader en de straf. Bovendien werden ook motiveringseisen aan een niet-veroordelend vonnis gesteld.⁵²² De reden van deze uitbreiding werd door Minister van Justitie Ort als volgt verwoord:

‘Zowel de rechter in hooger beroep als die in cassatie zal derhalve voortaan controle moeten uitoefenen op datgene, wat men veilig zou kunnen noemen den logischen gedachtengang der vonnissen. Dat hierbij in het bijzonder de taak van den cassatierechter (...) aanzienlijk wordt uitgebreid, springt in het oog, terwijl het mede geen betoog behoeft, dat de lagere rechter door het verplicht op schrift stellen van de argumenten, die hem logisch tot zijn conclusie leidden, genoopt zal worden zich zelf zeer nauw rekenschap te geven van de waarde, waaruit die conclusie opbouwt.’⁵²³

Daarna was het lange tijd stil. Pas in 1996 deed de wetgever weer een zet met de invoering van de motiveringsverplichting met betrekking tot de sanctionering van vormverzuimen.⁵²⁴ Toen was echter geen sprake van nieuwe inzichten voor wat betreft de motiveringsverplichtingen; in grote lijnen werd een codificatie van de jurisprudentie van de Hoge Raad van dat moment beoogd.

In 2005 volgde de invoering van een motiveringsverplichting bij het afwijken van een door de verdediging of het openbaar ministerie ingenomen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt.⁵²⁵ Nu was wel sprake van een duidelijke wens tot aanscherping van de motiveringsplicht. De wijziging werd voorgesteld door de kamerleden Wolfsen en Griffith, die meenden dat de overgang naar een meer contradictoir strafproces mede aanleiding moest zijn voor een verscherpte

520 Mevis vermeldt in zijn oratie dat de wetgever wilde dat uit het vonnis zou blijken dat aan het beginsel *nulla poene sine praevia lege* was voldaan. Zie Mevis, 1998:21.

521 Zie hierover ook Hoofdstuk 1 onder 1.2.3, Conclusie ten aanzien van het al dan niet rechtsbeschermend karakter van de taak van de cassatierechter in Nederland in de periode 1938-1963.

522 Met name aan de beslissingen over de voorvragen van art. 348 Sv.

523 Handelingen der Staten-Generaal, Bijlagen 1913-1914, nr. 286, nr. 3, blz. 140 onder a. Ook geciteerd in Kortenhorst, 1990:77.

524 In art. 359a, derde lid, Sv, in werking getreden op 2 november 1996.

525 In art. 359, tweede lid, Sv, in werking getreden op 1 januari 2005.

motiveringsplicht van de rechter.⁵²⁶ Dit voorstel werd door de minister overgenomen.

3.3.3 *De koers van de Hoge Raad: uitbreiding van motiveringseisen vanaf ongeveer de jaren '70*

De Hoge Raad voer steeds een eigen koers. Al in 1838 eiste hij ook de vermelding van de inhoud van de bewijsmiddelen en stelde aldus een motiveringseis die de wet op dat moment nog niet kende.⁵²⁷ Anderzijds nam hij in de negentiende eeuw nog genoegen met nietszeggende motiveringen.⁵²⁸ Daarin kwam echter verandering omstreeks 1920 toen in de jurisprudentie de ontwikkeling van een zuiver vormvereiste naar een meer inhoudelijke toetsing van de motivering zichtbaar begon te worden.⁵²⁹

Toen de wetgever echter in 1926 de zojuist genoemde nieuwe eisen stelde, bleek al snel dat de Hoge Raad zo ver niet wilde gaan.⁵³⁰ Motiveringseisen moesten de rechters niet teveel hoofdbrekens kosten: doelmatigheid van de rechtspleging stond in deze tijd rond de Tweede Wereldoorlog voorop.

In de jaren na de oorlog raakte langzaamaan echter de bescherming van de rechten van het individu ten opzichte van de overheid weer in opmars.⁵³¹ Dat leidde ertoe dat vanaf ongeveer 1970 de Hoge Raad zijn controle op de rechtspraak begon uit te breiden.⁵³² Zo markeerde het Meer en Vaartarrest⁵³³ het begin van het stellen van jurisprudentiële motiveringseisen op het terrein van het bewijsrecht, maar ook

⁵²⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29 255, nr. 8, Gewijzigd amendement van de leden Wolfsen en Griffith.

⁵²⁷ HR 24 december 1838, Rechtskundig Bijblad 1839, p. 44-50. Zie voor een uitvoeriger bespreking Dreissen, 2007:42. Een recente beslissing hierover is HR 2 oktober 2007, LJN: BA7929.

⁵²⁸ HR 1 november 1878, W 4305 waarin het grondwettelijk voorschrift omtrent de plicht voor de rechter tot het motiveren van vonnissen (thans art. 121 Grondwet) van elke effectieve, materiële betekenis werd ontdaan doordat de Hoge Raad overwoog dat aan dit voorschrift was voldaan als het vonnis ook maar iets aan motivering bevatte.

⁵²⁹ Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:263. Zie bijv. het tweede Huizense Veearts-arrest, HR 20 februari 1933, NJ 1933, 918, waarin de Hoge Raad oordeelde dat het hof 'een onvoldoende beslissing had gegeven' op het verweer dat de verdachte als een goed veearts had gehandeld. De annotator (Taverne) stelde onder meer het volgende: 'De door het Hof gemaakte vormfout was niet zoo gemakkelijk in de wettelijke bepalingen onder te brengen, tenminste wanneer men zich op het standpunt stelt, dat art. 358 den rechter niet dwingt om van elk door hem ongegrond geacht juridisch verweer den feitelijken grondslag te onderzoeken. Wellicht ware in zulk een geval, hetwelk bij de artt. 105 en 106 R.O. niet is voorzien, ook deze werkwijze mogelijk, dat de H.R., van oordeel zijnde, dat het Hof den verdachte of het feit ten onrechte op de aangevoerde gronden strafbaar had geacht (dus geen vormfout), de zaak had teruggewezen naar het Hof ten einde alsnog de aan het verweer ten grondslag liggende feiten te onderzoeken, waarop dan weer cassatieberoep zou zijn gevolgd.' Zie ook het Opticien-arrest, HR 15 oktober 1923, NJ 1923, 1329, in welke zaak de Hoge Raad op grond van de motivering van de rechtbank oordeelde dat zij de verdachte terecht op grond van overmacht van rechtsvervolgning had ontslagen.

⁵³⁰ Van Dorst, 2009:269.

⁵³¹ Van Dorst, 2009:270.

⁵³² Zie hierover Van Veen, 1981:383-394.

⁵³³ HR 1 februari 1972, NJ 1974, 450.

was sprake van een versterking van de controle op allerlei voorschriften van processuele aard.⁵³⁴ Een historisch moment daarin was de doorbreking van de ‘papieren muur’⁵³⁵ in 1971. Sindsdien controleert de Hoge Raad beslissingen van de feitenrechter mede aan de hand van de onderliggende stukken in het dossier en vernietigt wegens het ontbreken van een deugdelijke motivering wanneer die beslissing gelet op die stukken onbegrijpelijk is.⁵³⁶ Vanaf ongeveer dezelfde tijd leidde het ‘fair trial’ begrip zoals neergelegd in artikel 6 EVRM tot het ontstaan van jurisprudentiële motiveringsverplichtingen.⁵³⁷

3.3.4 *Gevolg van de overgang naar een meer contradictoire procedure voor motiveringseisen*

Sinds een jaar of tien is sprake van een nieuwe ontwikkeling in de rechtspraak, te weten de tendens naar een meer contradictoire procedure: een strafproces waarin de rechter uitgebreider moet motiveren, maar alleen als een van de partijen uitdrukkelijk en gemotiveerd verweer voert of standpunten naar voren brengt.⁵³⁸ De gedachte hierachter lijkt te zijn dat de rechterlijke uitspraak enerzijds meer inzichtelijk wordt als verdachte daarom vraagt, maar dat anderzijds efficiënter gewerkt kan worden wanneer de verdachte dat niet doet.

De Hoge Raad heeft de invoering van artikel 359a Sv aangegrepen om deze ontwikkeling gestalte te geven en deze later, na invoering van het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt in artikel 359, tweede lid, Sv, verder verstevigd. De Hoge Raad heeft in richtinggevende arresten over de interpretatie van deze twee bepalingen de verplichting tot motivering uitdrukkelijk afhankelijk gemaakt van de opstelling van de verdediging dan wel het openbaar ministerie.⁵³⁹

⁵³⁴ Van Veen, 1981:383.

⁵³⁵ Daarmee wordt bedoeld op het feit dat de Hoge Raad sindsdien kennisneemt van feiten en omstandigheden die niet door de rechter zijn vastgesteld, maar wel kenbaar zijn uit andere stukken van het geding dan de rechterlijke uitspraak of het proces-verbaal van de zitting.

⁵³⁶ Zie over deze ontwikkeling, waarover enorm veel is geschreven, onder meer Van Dorst, 2009:158-162. Zie ook hoofdstuk 4 onder 4.2.3.1, Toetsing van feitelijke vaststellingen aan de processtukken.

⁵³⁷ De motiveringsverplichting omtrent schending van de redelijke termijn is daarvan het meest pregnante voorbeeld, maar er zijn talloze andere verweren geënt op schending van art. 6 EVRM die tot motiveringsverplichtingen leiden, zoals verweren die betrekking hebben op onrechtmatig verkregen bewijs, afwijzing van getuigen, etc.

⁵³⁸ Zie hierover Fokkens, 2005:139-149. Deze ontwikkeling komt ook aan de orde bij de beschrijving van de jurisprudentie in hoofdstuk 9.

⁵³⁹ De hoge eisen aan het presenteren van verweren en standpunten zijn gesteld in de standaardarresten over de artikelen 359a Sv en 359 lid 2 Sv, te weten HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 (m.nt.Buruma) en Hoge Raad 11 april 2006, NJ 2006, 393 (m.nt. Buruma). Zij houden (kort gezegd) in dat het verweer, resp. het standpunt schriftelijk moet worden neergelegd, met feitelijke gegevens moet zijn onderbouwd en moet zijn voorzien van een duidelijke, op die feiten gestoelde, conclusie.

Deze nieuwe jurisprudentie brengt echter (nog) niet mee dat ook hogere eisen aan de ‘oude’ verweren worden gesteld.⁵⁴⁰ Daardoor zijn drie motiveringsregelingen naast elkaar ontstaan, die elkaar ten dele overlappen.⁵⁴¹

De zojuist genoemde standaardarresten vormen overigens ook mooie voorbeelden van het gebruik van de motiveringsverplichting als instrument voor zowel het bevorderen van de rechtseenheid als van deugdelijke rechtspraak. De Hoge Raad bood met deze arresten al na zeer korte tijd na de invoering van de nieuwe wetgeving de gewenste duidelijkheid over zijn interpretatie daarvan, waaraan in de rechtspraak duidelijk behoefte bestond.

Ten slotte markeert de jurisprudentie over het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt een (vooralsnog voorzichtige) stap naar toetsing van het selectie- en waarderingsproces dat in beginsel het terrein is van de feitenrechter. Hierop wordt hieronder nader ingegaan.

3.3.5 *Functionies van de motivering en daarmee samenhangende motiveringsgebreken*

De vraag wanneer sprake is van (in cassatie toetsbare) motiveringsgebreken kan niet goed worden beantwoord zonder onder ogen te zien welke doelen aan de motivering van rechterlijke uitspraken worden toegedicht.

De wetgever heeft de functionies van de motivering in het strafrecht nog niet zo lang geleden als volgt geformuleerd:

‘Met een goede motivering van strafvonnissen zijn verschillende belangen gediend. In de eerste plaats worden de beslissingen die in het strafvonnis genomen worden en de afwegingen die daarbij een rol hebben gespeeld, door de motivering inzichtelijk gemaakt voor de verdachte, het openbaar ministerie, eventuele slachtoffers en de samenleving. In de tweede plaats worden de overwegingen van de strafrechter die het vonnis heeft gewezen door de motivering kenbaar gemaakt voor de rechter die zich, als een rechtsmiddel wordt ingesteld, vervolgens over de zaak buigt. In de derde plaats bevordert een verplichting tot motivering de zorgvuldigheid van de genomen beslissing.’⁵⁴²

Deze opvatting wordt ook in de literatuur gevonden.⁵⁴³ De door de wetgever als eerste en tweede genoemde functionies worden (in navolging van Knigge) meestal de ‘explicatiefunctie’ en de ‘controlefunctie’ genoemd. De derde functie wordt als de inscherpings- of legitimatiefunctie aangemerkt.⁵⁴⁴ De motiveringsgebreken die –

540 Bijvoorbeeld de Meer- en Vaart- en Dakdekkerverweren, maar ook de verweren op de voet van art. 358 lid 3 Sv.

541 Zie Fokkens, 2005:146. Zie ook HR 9 december 2008, LJN: BD4870, waarin de Hoge Raad de verhouding tussen art. 359 lid 2 Sv en 359 lid 6 Sv uiteenzet. Deze bepalingen hebben naast elkaar zelfstandige betekenis.

542 Kamerstukken II 2003-2004, 29 255, nr. 3, p. 1.

543 Zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:229-280; Knigge, 1980:64-68; Buruma, 2005:73-79 en Huls, Mevis en Visscher, 2003:23-24.

544 Corstens is de bedenker van de term ‘inscherpingsfunctie’ (Corstens, 2005:620). Zie ook Huls et al., 2003:23. Daar wordt gesteld dat deze functie ook wel bekendstaat als de legitimatiefunctie.

zoals hieronder zal worden gezien – in cassatie een rol spelen, kunnen met deze functies in verband worden gebracht en aan de hand daarvan worden ingedeeld.

De controlefunctie is rond de jaren '20 van de vorige eeuw overgenomen uit het Franse cassatierecht, waarin het 'défaut de base légale' toen al een cassatiegrond was.⁵⁴⁵ Van een 'défaut de base légale' is sprake wanneer de cassatierechter in de bestreden beslissing niet de feitelijke vaststellingen vindt die hij nodig heeft om te kunnen controleren of de wet op juiste wijze is toegepast, of als uit de beslissing niet blijkt of zij van feitelijke – of juridische aard is.⁵⁴⁶ Dat de hoogste rechter erop toeziet dat rechterlijke uitspraken voldoen aan deze eisen spreekt eigenlijk vanzelf.

Daarnaast kent het Franse cassatierecht het 'défaut des motifs'. Deze vernietigingsgrond zag oorspronkelijk op uitspraken waarin een motivering geheel afwezig was, maar is in de loop van de tijd tevens van toepassing geworden op uitspraken waarin sprake is van innerlijk tegenstrijdige of vage motiveringen en van het niet responderen op verweren. Ook deze vernietigingsgrond is tot de Nederlandse cassatierechtspraak doorgedrongen. Zij heeft als achtergrond in de eerste plaats de rechter ertoe te dwingen zich rekenschap te geven van de gronden waarop hij tot zijn uitspraak komt, maar ook de rechterlijke beslissing te rechtvaardigen tegenover partijen en de samenleving als geheel.⁵⁴⁷ In deze eis komen de explicatiefunctie en de inscherpings- of legitimatiefunctie tot uitdrukking. Hier is de rol van de Hoge Raad minder vanzelfsprekend. Deze functies dienen immers een ander doel dan de mogelijkheid van controle door de hogere rechter. Anderzijds: als de hoogste rechter hierop niet zou controleren, zou het risico bestaan dat de motiveringsverplichting, voorzover deze verder gaat dan het voor de hogere rechter verantwoorden van de juistheid van de beslissing, een dode letter wordt. Om die reden toetst de Hoge Raad dan ook de toereikendheid en begrijpelijkheid van motiveringen, zij het (meestal) slechts marginaal.

3.3.6 *De functies van de motivering in verband met de taken van de Hoge Raad*

Wanneer de functies van de motivering in verband worden gebracht met de taken van de Hoge Raad, is het interessant te constateren dat Veegens de 'défaut de base légale' en de 'défaut des motifs' beschrijft als respectievelijk 'de motivering als grondslag voor cassatierechtspraak' en "de motivering als waarborg voor deugdelijke rechtspraak".⁵⁴⁸ Zowel deze laatste omschrijving, als de door de wetgever gestelde eis van zorgvuldigheid (de inscherpingsfunctie), doen denken aan de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad.

⁵⁴⁵ Met dien verstande dat de 'défaut de base légale' in het Franse recht een schending van het recht oplevert en naar Nederlands recht een motiveringsgebrek en dus een vormverzuim is. Zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:263.

⁵⁴⁶ Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:262-263.

⁵⁴⁷ Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:266-267.

⁵⁴⁸ Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:262 en 266.

Eerder werd besproken dat de cassatiegronden vaak in verband worden gebracht met de verschillende taken van de Hoge Raad.⁵⁴⁹ Zo zou de grond van rechtsschending zien op het bewaken van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling, terwijl het vormverzuim zou dienen om de rechtsbeschermende taak tot uitdrukking te brengen. Hier blijkt dat dat laatste voor wat betreft het motiveringsvereiste eigenlijk alleen geldt voor de explicatiefunctie en (als men deze als daarvan afzonderlijk wil zien) de inscherpingsfunctie. De controlefunctie dient er immers toe het de Hoge Raad mogelijk te maken vast te stellen of een rechtsschending heeft plaatsgevonden en dient derhalve veeleer de taak van het bewaken van rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Dit verschil is echter inmiddels academisch, nu de Hoge Raad het motiveringsvereiste als gezegd mede gebruikt als instrument om al zijn taken invulling te geven.⁵⁵⁰

Niet onvermeld mag blijven dat Knigge het verschil tussen de controlefunctie en de explicatiefunctie uiteindelijk typeert als volgt. De explicatiefunctie vraagt, en stelt zich tevreden met, de werkelijke reden die de rechter tot zijn beslissing heeft gebracht, terwijl de controlefunctie vraagt om de juiste, de rechtens relevante reden, de reden die rechtens tot de gegeven beslissing leidt. De werkelijke reden kan onjuist zijn en is volgens Knigge ook niet door de Hoge Raad te controleren.⁵⁵¹ De explicatiefunctie impliceert echter meer, te weten dat een rechterlijke beslissing voorzien is van een uitleg die duidelijk en consistent (dus ‘logisch’) is en een evenzeer duidelijk en begrijpelijk antwoord geeft op gevoerde verweren. Maar opnieuw rijst de vraag: wat is nu eigenlijk begrijpelijk?

3.3.7 *Ontbreken algemene inhoudelijke – en dus controleerbare – motiveringseisen*

De Grondwet en de Wet RO schrijven voor dat vonnissen en arresten de gronden moeten bevatten waarop zij berusten. Uit deze bewoordingen valt echter niet op te maken wat deze gronden moeten inhouden. Artikel 359 Sv bevat nauwelijks duidelijker eisen. De woorden ‘de beslissing moet steunen op redengevende feiten en omstandigheden’,⁵⁵² of ‘het vonnis geeft in het bijzonder de redenen op’,⁵⁵³ behelzen immers evenmin concrete inhoudelijke voorschriften, al bedoelde de wetgever die als gezegd wel te geven.⁵⁵⁴

De Hoge Raad heeft zelf ook nooit algemene inhoudelijke motiveringseisen geformuleerd. De enige eisen die hij aan motiveringen stelt, zijn dat deze juridisch juist, toereikend en feitelijk niet onbegrijpelijk moeten zijn. Die laatste twee criteria

549 Zie Hoofdstuk 1 onder 2.5.3. Rechtsbescherming, een nuttige vangnetconstructie. Zie ook de inleiding tot dit hoofdstuk.

550 Zie hiervoor onder 3.2.2.

551 Knigge, 1980:95-96.

552 Art. 359 lid 3 Sv, inzake de bewezenverklaring.

553 Art. 359 lid 6 Sv, inzake de strafmaat.

554 Zie hiervoor onder 3.3.3.

zijn vaag: zij kunnen slechts aan de hand van concrete gevallen nader worden ingevuld.

Mevis betreurde het in zijn oratie in 1998 dat de Hoge Raad aan de grondwettelijke motiveringsplicht nooit enige zelfstandige inhoud heeft toegekend.⁵⁵⁵ Daardoor hebben de regels omtrent de inhoud van de motivering, die in 1926 werden ingevoerd, nooit de betekenis gekregen die de wetgever daaraan had toegedacht – te weten dat voortaan controle zou worden uitgeoefend op de logische gedachtegang in vonnissen en arresten.⁵⁵⁶ Deze houding is in Mevis' ogen de reden geweest dat de diverse strafrechters aan de motiveringsregels uitsluitend betekenis zijn gaan toekennen binnen hun onderlinge, verticaal-hiërarchische verhouding als strafrechters. Met andere woorden: de strafrechters beperken hun motiveringen tot datgene wat de Hoge Raad eist en krijgen op hun beurt van de Hoge Raad veel ruimte om daarbuiten hun eigen weg te kiezen. De vanaf de zeventiger jaren toenemende controle van de Hoge Raad op de lagere rechter had daarin zijns inziens geen verandering gebracht. Van Veen stelde in 1981 dat de Hoge Raad zich in toenemende mate bekommert om een goede procesgang, maar dat hij zich zorgvuldig onthoudt van elke beoordeling van feiten die tot een bewezenverklaring en strafoplegging hebben geleid:

‘De druk op de rechter om op verweren te antwoorden bedoelt niet de rechter te beïnvloeden in zijn beoordeling van die verweren. De controle op de bewijsvergaring penetreert niet in de bewijswaardering. De eisen, gesteld aan de strafmotivering in appel, tasten niet de vrijheid aan de straf in hoger beroep te verhogen.’⁵⁵⁷

In dat licht schrijven rechters hun motiveringen dan ook, zo meende Mevis.⁵⁵⁸

Tien jaar na dato is er echter wel het een en ander veranderd. De motiveringsverplichtingen in geval van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt en het Promis-project⁵⁵⁹ leiden tot uitvoeriger motiveringen dan voorheen.⁵⁶⁰ Ook de nog wat onduidelijke jurisprudentie over de bewijsminimumregel zorgt ervoor dat

555 Hij verwijst naar HR 1 november 1878, W 4305, waarin de Hoge Raad (civiele kamer) zoals gezegd uitdrukkelijk overwoog dat de Grondwetsbepaling geen verdergaande betekenis heeft dan *dat* het een motivering eist. Uitdrukkelijk werd overwogen dat die eis niet inhoudt dat de motivering ook behoorlijk moet zijn. Mevis, 1998:22.

556 Zie hiervoor onder paragraaf 3.3.3.

557 Van Veen, 1981:394.

558 Zie hierover ook Huls, Mevis en Visscher, 2003:20. De auteurs sluiten niet uit dat juist de controle door de Hoge Raad rechters kopschuw maakt een brede motivering in het vonnis op te nemen, waardoor de oriëntatie op de hogere rechter afbreuk doet aan de ‘klantvriendelijkheid’ (de begrijpelijkheid voor de leek) van het rechterlijk oordeel.

559 Project Motiveringsverbetering in Strafvonnissen, een initiatief van het landelijk overleg van voorzitters van strafsectoren is in 2006 gestart om via een verbetering van de motivering van strafvonnissen tot betere strafrechtspraak te komen. De motivering bevat een verhalende motivering waarin de bewijsmiddelen in zakelijke vorm zijn weergegeven. De Hoge Raad heeft deze wijze van het opstellen van een vonnis of arrest goedgekeurd (zie noot 563).

560 Huls, Mevis en Visscher constateren bovendien dat rechters in belangrijke zaken uitvoeriger motiveren omdat ze zich bewust zijn van het feit dat hun uitspraken op het internet gepubliceerd worden (2003:20).

rechters in het geval van bewijsschaarste uitvoeriger motiveren dan voorheen.⁵⁶¹ De huidige zorgen over de maatschappelijke aanvaarding van het rechterlijk oordeel spelen daarbij een belangrijke rol. De Hoge Raad heeft daaruit geconcludeerd dat beslissingen van de feitenrechter niet alleen in cassatie controleerbaar moeten zijn, maar dat ook van belang is dat de gedachtegang van de rechter inzichtelijk is.⁵⁶² Algemene inhoudelijke criteria aan de hand waarvan kan worden nagegaan of een motivering gezien vanuit de explicatie- en de inscherpingsfunctie voldoende inhoud heeft, heeft hij echter ook nu niet geformuleerd.⁵⁶³ Of een gebrek aan inzichtelijkheid leidt of kan leiden tot de conclusie dat sprake is van onbegrijpelijkheid is dan ook niet in algemene zin te beantwoorden. Beide begrippen zijn immers rijkelijk vaag. Desalniettemin wordt hieronder een poging gewaagd aan de hand van literatuur en rechtspraak meer inzicht te verkrijgen in de vraag hoe de Hoge Raad motiveringen inhoudelijk toetst.

3.3.8 *Inhoud van de motivering: feitelijke- en rechtsgronden*

In de literatuur worden de gegevens waarop een beslissing in een vonnis moet berusten gewoonlijk onderscheiden in feitelijke- en rechtsgronden.⁵⁶⁴

Onder feitelijke gronden worden verstaan de aan de beslissing ten grondslag liggende feiten. Dit zijn in ieder geval de gegevens waaruit kan blijken dat is voldaan aan de in de wet gestelde feitelijke voorwaarden voor de toepasselijkheid van de regel. Daarnaast kunnen feitelijke gegevens een rol spelen bij overwegingen over bijvoorbeeld de verwerping van verweren of het bepalen van de strafmaat. De rechter mag zich daarbij alleen baseren op feiten die ter terechtzitting aan de orde zijn geweest of die uit de processtukken blijken. Ook mag hij feiten van algemene bekendheid bij zijn bewijsmotivering gebruiken.

Onder rechtsgronden wordt begrepen de vermelding van de op die feiten toegepaste regel, het bij de beslissing gehanteerde juridische criterium of

561 Zie hierover nader hoofdstuk 9, onder 9.2.7.. Zie ook Borgers, 2012:873-893. In dit artikel betoogt hij onder meer dat deze regel mede gezien moet worden als een motiveringsvoorschrift (2012:892) en als zodanig werkt het ook.

562 Zie HR 15 mei 2007, LJN: BA0425, r.o. 5.5.2 (Promis II-arrest). Ook in HR 11 april 2006, LJN: AU 9130 (het standaardarrest over art. 359 lid 2 Sv) komen de functies van de motivering aan de orde. In r.o. 3.5 wordt gewezen op opmerkingen die in de loop van het betreffende wetgevingsproces waren gemaakt aangaande de motiveringsverplichting. De HR vervolgt: 'In die opmerkingen wordt onder meer gewezen op de belangen van de procesdeelnemers en de samenleving bij inzicht in de motivering van strafvonnissen alsmede op het belang van zelfcontrole door de rechter en controle door de hogere rechter van de oordeelsvorming van de lagere rechter. (vgl. Kamerstukken II 2003-2004, 29 271, nr. 1, p. 10, alsmede 29 255, nr. 3, p. 1 en nr. 8)'.

563 Zie ook hierover Borgers, 2012, waarin hij stelt dat de Hoge Raad weinig sturing aan de invulling van deze regel (lees: motiveringsverplichting) geeft.

564 Zie Kortenhorst, 1990:51. Zij verwijst onder meer naar Blok en Besier, 1925:deel II, p. 200; Van Dorst, 1988:941 en Schaffmeister, 1988:78.

beschouwingen van rechtskundige aard.⁵⁶⁵ De rechtsgronden van een beslissing zijn de juridische redenen op grond waarvan de rechter heeft geoordeeld dat een bepaalde norm op die feiten kon worden toegepast.

Dit onderscheid laat zien dat bij motiveringseisen in de eerste plaats gedacht moet worden aan de feiten en het toegepaste recht en niet aan de motieven van de rechter, zijn persoonlijke beweegredenen en het ‘veelal chaotische en soms irrationele denkproces’ dat hem tot zijn beslissing heeft gebracht, aldus Knigge.⁵⁶⁶ In de literatuur wordt ook gesproken van het onderscheid tussen de heuristiek en de legitimatie van de rechterlijke beslissing. Bij de heuristiek gaat het om een (denk)psychologische vraag: hoe komt de rechter tot zijn beslissing? Bij de legitimatie gaat het erom hoe de rechter zijn beslissing rechtvaardigt.⁵⁶⁷

Melai zei in 1972 over de bewijsmotiveringsvoorschriften dat deze ‘als algemene regel uitsluitend verplicht(en-AR) tot de openbaring van een resultaat en niet ook van de daaraan ten grondslag liggende “gedachtengang”: het denk- en waarderingsproces van de rechter’.⁵⁶⁸ Hij verwees daartoe naar de wetsgeschiedenis, waaruit blijkt dat van de rechter niet meer wordt geëist dan dat hij de feiten en omstandigheden noemt die zijns inziens door de bewijsmiddelen vaststaan en waaruit hij de bewezenverklaring afleidt. Nu wordt de beslissing omtrent het bewijs nogal eens als een uitzondering gezien, omdat het vaste jurisprudentie is dat de rechter de selectie en waardering van het bewijs niet hoeft te motiveren, maar het was zeker in die tijd niet zo dat andere beslissingen uitvoeriger hoefden te worden gemotiveerd dan de bewijsbeslissing. De wettelijke verplichting de bewijsmiddelen te vermelden waaruit de bewezenverklaring kan volgen is immers een verplichting die vergelijkbaar is met de jurisprudentiële verplichting de verwerping van verweren te onderbouwen met feiten en omstandigheden waaruit de getrokken conclusie kan volgen. Ook daar hoeft de rechter normaliter niet te motiveren waarom hij de ene verklaring wel aannemelijk acht en de andere niet. Van Veen verwoordde dit als volgt:

‘Er kan dus in cassatie (...) niet worden geklaagd over het gewicht dat de rechter heeft toegekend aan de feiten, die tot bewezenverklaring van het telastegelegde hebben geleid, noch over het oordeel dat de rechter heeft geveld over het aannemelijk geworden zijn van omstandigheden, waarop de verdachte een exceptief verweer heeft gebouwd, noch over het gewicht dat de rechter heeft toegekend aan de verschillende factoren, die de hoogte van de straf hebben bepaald.’⁵⁶⁹

Melai’s woorden gingen dan ook op voor alle motiveringen en dat doen ze grotendeels nog steeds.

Sinds het uitdrukkelijk onderbouwd standpunt zijn intree heeft gedaan, kan het echter zijn dat de Hoge Raad oordeelt dat de rechter wél moet uitleggen waarom hij bijvoorbeeld aan bepaalde bewijsmiddelen meer waarde toekent dan aan andere, of

⁵⁶⁵ Zie Knigge, 1980:66.

⁵⁶⁶ Zie Knigge, 1980:66-67. Hij vindt het onderscheid voor het overige niet zo erg interessant.

⁵⁶⁷ Zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:194.

⁵⁶⁸ In een noot bij HR 10 oktober 1972, NJ 1973, 458. Zie voorts Kortenhorst, 1990:71-72.

⁵⁶⁹ Van Veen, 1981:394.

waarom hij zekere factoren bij het bepalen van de straf niet heeft meegewogen.⁵⁷⁰ Hiermee lijkt het denk- en waarderingsproces binnen het bereik van de motiveringsverplichting te zijn gebracht.⁵⁷¹ Maar hoe moet de rechter dat opschrijven en hoe ver moet hij daarin gaan?

3.3.9 *Eisen aan de inhoud van de motivering in de jurisprudentie van de Hoge Raad*

Veegens stelt dat een eerste eis die de Hoge Raad aan een rechterlijke uitspraak stelt die van duidelijkheid is. Dit houdt in dat de motivering niet voor verschillende uitleg vatbaar mag zijn en geen innerlijke tegenstrijdigheden of denkfouten mag bevatten. Ook moet de conclusie logisch volgen uit het overwogene en mag de redenering geen lacunes bevatten. Als de motivering niet aan deze vereisten voldoet, zal de Hoge Raad in civilibus overwegen dat de beslissing ‘zonder nadere motivering, welke ontbreekt, niet begrijpelijk is’ of woorden van gelijke strekking.⁵⁷² Deze motiveringsgebreken en de bijbehorende formulering worden ook in strafrechtelijke uitspraken teruggevonden, maar omdat het Wetboek van Strafvordering verschillende motiveringsverplichtingen kent en de Hoge Raad aan de invulling van die verschillende verplichtingen ook verschillende eisen stelt, is het praktisch deze per onderwerp te behandelen.

Arresten van de Hoge Raad waarin motiveringsverplichtingen aan de orde zijn⁵⁷³ zien hoofdzakelijk op drie soorten van beslissingen, te weten beslissingen omtrent het bewijs,⁵⁷⁴ de verwerping van verweren en uitdrukkelijk onderbouwde

570 Zie bijvoorbeeld HR 7 juli 2009, LJN: BI1367 (betrouwbaarheid bewijsmiddel) en HR 9 december 2008, LJN: BD4870 (strafmaat).

571 Waarbij zij aangetekend dat het ‘denk- en waarderingsproces’ niet synoniem lijkt te zijn met ‘de motieven van de rechter, zijn persoonlijke beweegredenen en het veelal chaotische en soms irrationele denkproces’ dat hem tot zijn beslissing heeft gebracht, zoals Knigge dat beschrijft.

572 Veegens vermeldt ook dat de civiele kamer van de Hoge Raad in twee arresten drie categorieën van gebreken met betrekking tot de explicatiefunctie heeft onderscheiden, te weten de onbegrijpelijke motivering, het verzuim essentiële stellingen te behandelen en kennelijke vergissingen bij de vaststelling van de feiten. Zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:268-269, verwijzend naar HR 31 januari 1975, NJ 1975, 327 en HR 1 juli 1977, NJ 1978, 73 (GJS). Inhoudelijke criteria waaruit duidelijk wordt wat een ‘onbegrijpelijke motivering’ is, bevatten deze arresten echter niet. De twee overige categorieën worden ook in strafrechtelijke jurisprudentie herkend, maar staan los van de beoordeling van de inhoud van een motivering.

573 Van Dorst wijdt in hoofdstuk 7 van zijn studiepocket uitvoerige beschouwingen aan de controle in cassatie bij veel voorkomende vraagstukken. Van Dorst, 2009:180-268.

574 Art. 359 lid 3 Sv.

standpunten⁵⁷⁵ en de strafmaat.^{576,577}

3.3.9.1 *De bewijsmotivering*

De eerste inhoudelijke eis die op het terrein van het bewijs moet worden gesteld is dat het gebezigde bewijsmateriaal relevant is voor de bewezenverklaring, in die zin dat er een logisch verband bestaat tussen de feiten die uit het gebruikte bewijsmateriaal blijken en de bewezenverklaring.⁵⁷⁸ De interpretatie van de eis van artikel 359 derde lid Sv, dat het bewijs redengevend dient te zijn, is dus inderdaad, zoals de wetgever het destijds bedoelde, dat het bewijs logisch volgt uit de bewijsmiddelen.⁵⁷⁹ In geval van direct bewijs blijkt dit verband rechtstreeks uit de bewijsmiddelen. In geval van indirect bewijs is dat echter niet zo. Het te bewijzen feit moet dan als het ware uit het bewijsmateriaal worden afgeleid. Tussen de bewijsmiddelen en de bewezenverklaring moet een logisch verband bestaan. De Hoge Raad toetst in het algemeen⁵⁸⁰ marginaal of dit het geval is en doet dat op twee manieren, te weten door na te gaan of de verschillende bewijsmiddelen voor de bewezenverklaring redengevend zijn en of de bewijsconstructie als geheel toereikend is.⁵⁸¹ Ook onderzoekt hij of de bewijsmiddelen niet onderling tegenstrijdig zijn.

Daarnaast eist de Hoge Raad een expliciete motivering in geval van de verwerping van bepaalde bewijsverweren.⁵⁸² Die verplichting vindt – met uitzondering van de dakdekkers-verweren – steeds zijn grondslag in de algemene

575 Hoofdzakelijk bestreken door art. 359 lid 2, tweede volzin Sv en art. 359a lid 3 Sv. De eisen die aan verwerping van de diverse verweren worden gesteld vertonen een convergentie naar de eisen die worden gesteld aan de verwerping van uitdrukkelijk onderbouwde standpunten.

576 Art. 359 leden 5, 6 en 7 Sv.

577 De motiveringseisen die besloten liggen in de eerste zin van art. 359 lid 2 Sv (beslissingen op voorvragen) behoeven alleen te worden ingevuld wanneer een van de betreffende beslissingen genomen is en niet wanneer er geen aanleiding voor een dergelijke beslissing bestond. De motiveringseisen van art. 359 lid 4 Sv (toepassing van schuldigverklaring zonder straf of strafvermindering na een ‘deal’ tussen verdachte en justitie) en van art. 360 Sv (gebruik verklaringen bepaalde getuigen voor het bewijs en afwijking van beslissing burgerlijke rechter i.g.v. hervatting na schorsing van de vervolging) zijn specifieke verplichtingen die niet heel vaak voorkomen.

578 Dreissen, 2007:167. Zij verwijst op haar beurt naar Pradel, 2000:411-429.

579 Dreissen onderscheidt drie aspecten van de motiveringsplicht ten aanzien van de redengevendheid, te weten ten eerste de uitleg van de tenlastelegging (het bewijsobject), ten tweede de betekenis van het bewijsmateriaal en ten derde het verband tussen het bewijsobject en het bewijsmateriaal. Dreissen, 2007:169-170.

580 Alleen wanneer sprake is van bewijsconstructies waarbij bijvoorbeeld gebruik wordt gemaakt van een leugenachtige verklaring, toekennen van bewijskracht aan het gebruik van het zwijgrecht of schakelbewijs is sprake van bijzondere motiveringsverplichtingen. Zie Dreissen, 2007:198-207.

581 Dreissen, 2007:184-197.

582 Die verweren zijn het Meer en Vaartverweer, het dakdekkersverweer en bepaalde betrouwbaarheidsverweren. In geval van verwerping van een Meer- en Vaartverweer moet uit het arrest blijken dat het gestelde niet aannemelijk werd geacht, dan wel een bewijsmiddel zijn opgenomen dat de alternatieve lezing van verdachte weerlegt. In geval van een dakdekkersverweer moet uit het arrest blijken waarom de uitleg van verdachte juridisch onjuist is en in het geval van bepaalde betrouwbaarheidsverweren moet in de uitspraak inhoudelijk op het verweer worden gereespondeerd.

motiveringsplicht ten aanzien van de bewezenverklaring.⁵⁸³ Wanneer het aan het verweer ten grondslag liggende bewijsprobleem niet wordt ‘opgelost’, volgt immers het bewezenverklaarde niet logisch uit de bewijsmiddelen.

3.3.9.2 *Verantwoording van de selectie en waardering van het bewijs naar aanleiding van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt*

Zoals al eerder opgemerkt, heeft de introductie van het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt een dimensie aan de inhoudelijke motiveringseisen op het gebied van het bewijs toegevoegd, in die zin dat inmiddels soms ook over de selectie en waardering van het bewijsmateriaal verantwoording moet worden afgelegd. Zo kent de jurisprudentie inmiddels verschillende voorbeelden van vernietiging van uitspraken omdat de feitenrechter na een verweer waarin de geloofwaardigheid van een bepaald bewijsmiddel werd betwist, naliet te motiveren waarom hij dit bewijsmiddel toch heeft gehanteerd.⁵⁸⁴ Aangenomen mag worden dat de betreffende motivering de feitelijke gronden zal moeten inhouden, op grond waarvan de rechter de bewijsmiddelen die hij hanteert wel betrouwbaar acht. Dat is niet eenvoudig. Zoals Corstens het formuleert:

‘Hij (de rechter-AR) zal zich steeds moeten afvragen of de aannames waarvan hij impliciet of expliciet uitgaat, wel juist zijn: als hij de ene getuigenverklaring wel, de andere niet accepteert, waarop baseert hij dit oordeel dan? Acht hij de ene getuige een betere observant dan de andere? (...) Aldus wordt afgedaald naar algemene regels waarin het rechterlijk oordeel uiteindelijk, zoals wel is gezegd, is verankerd. In dit verband werd ook opgemerkt dat de bewijsvoering zich afspeelt op de ‘bodem’ van de gegevens van algemene bekendheid.’⁵⁸⁵

Het selectie- en waarderingsproces behoeft nadere uitleg, maar dat zal niet zo ver gaan dat de rechter zijn hoogst persoonlijke gevoelens probeert te duiden. Van hem mag worden verwacht dat hij zijn (moeilijke) keuze op geobjectiveerde wijze zal weten te verantwoorden. De motivering zal haar grondslag moeten vinden in feiten en gegevens van algemene bekendheid en de conclusie zal logisch moeten kunnen volgen uit de gehanteerde argumentatie (al zou een andere conclusie eveneens mogelijk zijn). Veegens merkt overigens op dat de tegenstelling tussen heuristiek en legitimatie aanmerkelijk minder groot is dan zij op het eerste gezicht lijkt, omdat de rechter bij zijn oordeelsvorming bewust of intuïtief argumentatie- en interpretatievormen hanteert die hij ook bij de motivering van zijn beslissing kan gebruiken.⁵⁸⁶

⁵⁸³ Fokkens, 2005:147.

⁵⁸⁴ Zie bijvoorbeeld HR 7 juli 2009, LJN: BI1367; HR 12 september 2006, LJN: AX3862; HR 28 november 2006, LJN: AZ0265; HR 28 november 2006, LJN: AY8961; HR 13 januari 2009, LJN: BG3533.

⁵⁸⁵ Corstens, 2005, verwijzend naar Crombag, Van Koppen en Wagenaar, 1992.

⁵⁸⁶ Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:195.

3.3.9.3 *De uitleg van de tenlastelegging*

Met betrekking tot de uitleg van de tenlastelegging luidt de vaste jurisprudentie dat de feitenrechter de grondslag van de tenlastelegging niet mag verlaten en dat zijn uitleg niet met de bewoordingen van de tenlastelegging in strijd mag zijn.⁵⁸⁷ Als de uitleg onhoudbaar is – dat wil zeggen juridisch onjuist of feitelijk onlogisch – is sprake van juridische of feitelijke denaturering van de tenlastelegging.⁵⁸⁸ De juridische uitleg wordt daarbij vol getoetst, de feitelijke marginaal.

3.3.9.4 *De verwerping van responsieplichtige verweren*

De inhoudelijke eisen aan de verwerping van responsieplichtige verweren (niet zijnde bewijsverweren, dit betreft dus de overige verweren van artikel 358 derde lid Sv en artikel 359a Sv) zijn niet veel anders dan de eisen die op het terrein van het bewijs worden gesteld. Zij houden ten eerste in dat de feiten en omstandigheden die aan die verwerping ten grondslag liggen ontleend zijn aan het onderzoek ter terechtzitting.⁵⁸⁹ De rechter moet bij de verwerping van verweren (en uitdrukkelijk onderbouwde standpunten) verder altijd laten blijken of hij bepaalde feitelijke stellingen als (juridisch) niet relevant of als (feitelijk) onaannemelijk beschouwt. Juridisch relevante stellingen mag hij niet in het midden laten. Ook moet uit de overwegingen in de uitspraak duidelijk worden of zijn beslissing van feitelijke of van juridische aard is. Wanneer dat niet blijkt, zal de Hoge Raad wegens een motiveringsgebrek vernietigen, omdat onduidelijk is of de rechter is uitgegaan van een verkeerde rechtsopvatting, of van een juiste, maar daarbij een gezien de feiten onbegrijpelijke beslissing heeft genomen⁵⁹⁰ – een typisch geval van ‘défaut de base légale’.

Knigge beschrijft dat het algemeen gangbare type motivering bij verwerping van verweren⁵⁹¹ naar de maatstaven van de Hoge Raad moet voldoen aan de volgende kenmerken:

- vermelding van concrete feiten en omstandigheden;
- motivering van de motivering is niet vereist, dat wil zeggen dat de rechter niet hoeft te motiveren waarom hij bepaalde feiten aannemelijk acht;
- de rechtsgrond moet de beslissing kunnen dragen;
- de rechtsgrond moet uit de vermelde feiten kunnen volgen.⁵⁹²

587 Van Dorst, 2009:197-198. Ook daaraan hoeft hij echter geen afzonderlijke motivering te wijden.

588 Van Dorst, 2009:198.

589 Voorzover deze feiten niet (mede) redengevend zijn voor het bewijs, geldt de eis van steun in de bewijsmiddelen hier dus niet. Zie HR 23 oktober 2007, LJN: BA5851, een overzichtarrest inzake de bewijsoverweging.

590 Zie HR 26 augustus 1971, NJ 1972, 32. Meer recent bijv. HR 21 oktober 2008, LJN: BD7821.

591 Dat hij ontleent aan het voorbeeld van ontslag van rechtsvervolging wegens niet-strafbaarheid van de dader, maar waarvan gezegd kan worden dat dit ook van toepassing is op de verwerping van verweren.

592 Knigge, 1980:65-73.

Wanneer een uitspraak een beslissing over een verweer op de voet van artikel 359a Sv bevat, moet de Hoge Raad ook toetsen of de door de rechter gekozen sanctie begrijpelijk is. In vaste jurisprudentie heeft hij bepaald wanneer een dergelijk verzuim kan leiden tot niet-ontvankelijkheid,⁵⁹³ bewijsuitsluiting of strafvermindering, waarbij strafvermindering de voorkeur heeft.⁵⁹⁴ Het is aan de verdediging die voor de betreffende sanctie noodzakelijk bevonden feiten en omstandigheden te stellen, alsmede de sanctie die daarop zou moeten volgen, waarna de rechter de juistheid van het gestelde toetst en de door de Hoge Raad voorgestane conclusie trekt. Aldus heeft de Hoge Raad de motivering van die sancties in wezen dus zelf voor zijn rekening genomen.

3.3.9.5 *De motivering van de strafmaat*

In arresten waarin strafmaatoverwegingen aan de orde zijn wordt de eis gevonden dat de rechter geen nietszeggende standaardformuleringen mag hanteren⁵⁹⁵ en geldt het ‘verbazingscriterium’, inhoudend dat de rechter niet zonder uitleg een straf mag opleggen die op het eerste gezicht verwondering wekt⁵⁹⁶ – een duidelijk voorbeeld van ‘défaut de motifs’. Van de bedoelde verwondering is sprake wanneer de strafmaat duidelijk afwijkt van de eis van het openbaar ministerie; dat is in de visie van de Hoge Raad het belangrijkste referentiepunt voor de beoordeling van de begrijpelijkheid daarvan.⁵⁹⁷ Wanneer terzake de strafmaat een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt is ingenomen, behoeft deze bij een beduidende afwijking van dat standpunt evenzeer nadere verduidelijking.⁵⁹⁸

3.3.9.6 *Afwijking van uitdrukkelijk onderbouwde standpunten*

Uit het voorgaande blijkt nog eens de grote invloed die het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt in het strafprocesrecht heeft gekregen. De Hoge Raad heeft aan deze bepaling een interpretatie gegeven die tegelijkertijd ruimhartig en beperkend genoemd kan worden. Ruimhartig in de zin dat de nieuwkomer een brede werkingssfeer heeft gekregen. Ondanks het feit dat de bepaling oorspronkelijk was bedoeld als codificatie van de reeds in de jurisprudentie erkende responsieplichtige (bewijs)verweren en met name een nieuwe motiveringsverplichting beoogde in te voeren wanneer van de eis werd afgeweken, heeft de Hoge Raad geen beperkingen

593 Toepassing van het Zwolsmancriterium zoals geformuleerd in HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 (m.nt. Schalken).

594 Alleen indien en voorzover het bewijs door het verzuim is verkregen en een belangrijk voorschrift in aanzienlijke mate is geschonden. Zie HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 (m.nt. Buruma).

595 Zie bijvoorbeeld HR 29 augustus 2006, LJN: AX3925, HR 29 augustus 2006, LJN: AX6411, HR 3 juni 2008, LJN: BC8652.

596 Zie bijvoorbeeld de conclusie van Jörg bij HR 8 juni 2004, LJN: AO8335.

597 Zie Silvis, 2009:27. Ter onderbouwing van dit standpunt verwijst hij naar HR 11 april 2006, NJ 2006, 393. Recente voorbeelden zijn HR 2 juni 2009, LJN: BH8313 en HR 30 juni 2009, LJN: BGT4822.

598 Zie bijvoorbeeld HR 6 november 2007, LJN: BB4842.

aangebracht in het soort standpunt waarop de nieuwe verplichting betrekking heeft en maakt hij geen onderscheid ten aanzien van de partij die het standpunt betreft.⁵⁹⁹

Daartegen is de interpretatie beperkend in de zin dat als gezegd hoge eisen gelden voor de ‘stelplicht’. Dit laatste neemt echter niet weg dat, zoals hiervoor al gezegd,⁶⁰⁰ de Hoge Raad in sommige gevallen een eis is gaan stellen die voorheen nimmer gesteld werd, te weten de ‘motivering van de motivering’. Als de Hoge Raad van oordeel is dat bijvoorbeeld ten aanzien van de selectie van het bewijs een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt naar voren is gebracht, vraagt hij van de rechter zijn oordeel omtrent die selectie te motiveren. Dit lijkt vooral te gebeuren in zaken waarin het bewijs minimaal is, zoals bijvoorbeeld in zedenzaken nogal eens het geval is.⁶⁰¹ Buruma stelt dat ook ten aanzien van uitdrukkelijk onderbouwde standpunten het ‘verbazingscriterium’ een ‘prima maatstaf’ is.⁶⁰²

3.3.10 *Reparatie*

Niet mag hier onbesproken blijven dat met betrekking tot de verwerping van standpunten en verweren geldt dat het uitblijven van een antwoord lang niet altijd tot vernietiging leidt. Kennelijke vergissingen plegen door de strafkamer te worden hersteld: dit fenomeen heeft een enorme vlucht genomen – een uitvloeisel van het streven naar doelmatigheid. Wat de verbetering van motiveringen betreft bestaan twee vormen, te weten ten eerste het geven van nadere uitleg aan een in de bestreden uitspraak opgenomen overweging en ten tweede het herstellen van evidente fouten. Het geven van een nadere uitleg komt voor als de Hoge Raad in een overweging in de bestreden uitspraak een betekenis leest die daar niet of niet expliciet uit blijkt. Zo kan hij een motivering aanvullen of een overweging zeer extensief interpreteren en aldus de strekking daarvan uitbreiden of veranderen.⁶⁰³ Als ‘evidente fouten’ gelden

599 HR 11 april 2006, LJN: AU9130. Na de inwerkingtreding van deze bepaling werd met belangstelling uitgekeken naar de interpretatie daarvan door de Hoge Raad. Gezien de wetsgeschiedenis was een beperkte uitleg niet ondenkbaar. Zie voor een uitvoerige beschrijving van die wetsgeschiedenis de conclusie (onder 5) van AG Machielse bij HR 16 mei 2006, LJN: AU8266.

600 Zie onder 3.3.8.

601 Zie Schalken in zijn noot onder HR 12 september 2006, NJ 2007, 121.

602 Noot onder HR 19 juni 2007, NJ 2008, 180.

603 Zie bijvoorbeeld HR 20 februari 2007, LJN: AZ2167, waarin de verdachte in hoger beroep had gesteld detentieongeschikt te zijn. Hiervoor was steun te vinden in het feit dat hij tijdens zijn voorarrest meerdere zelfmoordpogingen had gedaan en in de verklaring die de reclasseringsmedewerker ter zitting had afgelegd. Die verklaring hield in dat hij de stelling van verdachte dat hij detentieongeschikt was wel kon onderschrijven, omdat deze ‘onvoldoende weerbaar’ was. Het hof oordeelde dat niet aannemelijk was geworden dat verdachte detentieongeschikt was en veroordeelde hem tot een gevangenisstraf. Het middel klaagde over onbegrijpelijkheid van de strafmotivering. De advocaat-generaal concludeerde tot vernietiging omdat het hof niet zonder nadere motivering aan de verklaring van de deskundige voorbij had mogen gaan, maar de Hoge Raad oordeelde dat het hof uit de betreffende verklaring kennelijk en niet onbegrijpelijk niet meer had opgemaakt dan dat verdachte vanwege zijn geringe weerbaarheid minder dan de gemiddelde verdachte bestand was tegen detentie. Het middel was daarom ongegrond. Overigens overwoog de Hoge Raad hierbij dat de raadsman terzake in hoger beroep geen verweer had gevoerd en ook de advocaat-generaal vermeldde dat uit het proces-verbaal van

vergissingen die uit de overige inhoud van het arrest kunnen worden afgeleid. Het betreft vergissingen waarvan ook voor de verdediging duidelijk moet zijn geweest dat van zo'n vergissing sprake was. Jörg zegt erover dat de grondslag voor dit soort herstelwerk gelegen is 'in het gezond verstand'.⁶⁰⁴ Bij het 'sleutelen aan de bewezenverklaring', zoals Jörg het noemt, overweegt de Hoge Raad regelmatig dat 'in die lezing de aard en ernst van het bewezenverklaarde in zijn geheel beschouwd niet wordt aangetast'.⁶⁰⁵ Jörg benadrukt dat de Hoge Raad wel vernietigt zodra rechtens te respecteren belangen werkelijk op het spel staan, bijvoorbeeld als de gevonden gebreken in het arrest van het hof doen twifelen aan de juistheid van de veroordeling of als daardoor het recht op een fair trial in het gedrang komt.⁶⁰⁶

3.3.11 *Uitleiding en conclusie*

In het voorgaande werd allereerst gezien dat er eigenlijk maar een cassatiegrond is: schending van het recht. Een vormverzuim is immers ook een schending van het recht. Het onderscheid wordt tegenwoordig vooral nog nuttig gevonden in relatie tot de doelen van de cassatie, maar ook daar is het nodige op af te dingen. Alle doelen kunnen door hantering van beide vernietigingsgronden worden bereikt.

Vormverzuim – meestal geassocieerd met de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad – is veruit de meest gehanteerde vernietigingsgrond. Het accent van dit hoofdstuk lag op de inhoud van het begrip 'motiveringsgebrek' en de kenmerken van een goede motivering. Gevonden werd dat een motivering waarin feitelijke- en rechtsgronden zijn opgenomen bij de Hoge Raad meestal door de beugel kan, mits de conclusie logisch uit daaraan ten grondslag liggende overwegingen kan volgen en deze geen fouten of inconsistenties bevatten. Een dergelijke motivering voldoet aan de controlefunctie: zij volstaat om het de Hoge Raad mogelijk te maken zijn controlerende taak uit te voeren. Een 'motivering van de motivering', ofwel, waarom de rechter de feiten die hij aan zijn motivering ten grondslag legt geloofwaardig acht, is meestal niet vereist.

Of de motivering voor partijen inzichtelijk is, voldoet aan haar explicatiefunctie, is normaliter niet iets waar de Hoge Raad zich om bekommert. Dat is echter anders wanneer een van de procespartijen zijn bezwaren tegen de betreffende feiten in een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt naar voren heeft gebracht. In dat geval moet de rechter dieper gaan dan anders. In het geval van een bewijsverweer kan het zijn dat daarbij ook de selectie en waardering van het bewijs moeten worden verantwoord.

de zitting niet bleek dat de raadsman het verweer van zijn cliënt met argumenten had onderbouwd. Ware dat wel het geval geweest, dan had de HR wellicht wel een nadere motiveringsplicht aanwezig geacht.

604 Jörg, conclusie bij HR 25 januari 2005, LJN: AR7190, onder 24.

605 Jörg, conclusie bij HR 25 januari 2005, LJN: AR7190, onder 29.

606 Jörg, conclusie bij HR 25 januari 2005, LJN: AR7190, onder 30.

Voorts bleek dat de rechter tegenwoordig vaak alleen hoeft te motiveren als een verweer is gevoerd, dan wel een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt naar voren is gebracht. Wanneer dat niet het geval is mag hij met het minimale volstaan.⁶⁰⁷ Dat betekent dat de invulling van de (grond)wettelijke verplichting tot motivering ook in het strafrecht in hoge mate afhankelijk is geworden van de opstelling van de procespartijen.⁶⁰⁸ Vellinga stelt hieromtrent dat ‘de ontwikkelingen laten zien dat de verdachte in het strafproces het volle pond krijgt, maar dat hij er dan wel om moet vragen.’⁶⁰⁹ Dit wordt ook wel de ontwikkeling naar een contradictoir strafproces genoemd. Dit betekent dat de verdachte meer dan vroeger afhankelijk is van een alerte en actieve opstelling van zijn raadsman, die ook nog de nodige deskundigheid dient te bezitten, terwijl de rechter zich lijdelijker is gaan opstellen.

Dit roept de vraag op of de Hoge Raad toelaat dat de eigen verantwoordelijkheid van de rechter voor de waarheidsvinding en de einduitkomst van het strafproces minder inhoud is gaan krijgen. Dat hoeft niet per se het geval te zijn, nu het afleggen van verantwoording uiteraard niet hetzelfde is als het nemen van die verantwoordelijkheid, maar zorgen daarover bestaan wel.⁶¹⁰ Het feit dat de Hoge Raad sinds de vorige herziening van de cassatieprocedure⁶¹¹ geconstateerde ernstige procedurele fouten nauwelijks meer afstraft met ambtshalve vernietiging geeft te denken.

Knigge stelde in 1980 dat de uitbreiding van de motiveringseisen ten opzichte van de oorspronkelijke opvatting uit de 19^e eeuw voortkwam uit de behoefte een beter inzicht te hebben in, en een grotere controle te hebben op de besluitvorming van de rechter. Hij waarschuwde dat dit van de rechter wel eens meer kan vragen dan onder vermelding van de gronden is te vatten.

De ontwikkelingen van de laatste tijd laten zien dat Knigge profetische woorden sprak, zeker nu ook van buitenaf zeer kritisch naar rechterlijke beslissingen en hun motivering wordt gekeken. Met name door ‘de maatschappij’ wordt een redenering

607 In het geval van een bekende verdachte mag zelfs met een enkele opgave van de bewijsmiddelen worden volstaan (art. 359 lid 3 Sv).

608 Mevis is hierover kritisch. Hij meent dat het geheel van regels omtrent de motivering van vonnissen te sterk aan de hand van verweren is opgebouwd. De rechter introduceert daarmee zijns inziens nadrukkelijker dan de wetgever bedoeld een beweer- en zelfs bewijslast voor de verdediging. Zie Mevis, 1998:23-24.

609 Hij merkt daarbij op dat het met dat volle pond soms tegenvalt, omdat de belangen van de verdachte worden afgewogen tegen die van derden, waardoor een evident gebrek niet altijd tot vernietiging leidt. Vellinga, 2007:527-528.

610 Zie hierover bijvoorbeeld Franken, 2007:366: ‘Kan de raadsman met het huidige wettelijk kader op adequate wijze invulling geven aan de gestelde eisen ten aanzien van verzoeken, verweren en onderbouwde standpunten, of leiden de dominante positie van het strafdossier en het gebrek aan zelfstandige onderzoeksbevoegdheden voor de verdediging ertoe dat haar maar al te vaak wordt tegengeworpen dat de aan een verzoek of verweer ten grondslag gelegde feiten niet aannemelijk zijn geworden? (...) Worden openbaar ministerie en rechter geacht tekortkomingen van de raadsman te compenseren, en zo ja: in welke gevallen en onder welke voorwaarden? En waar houdt bijvoorbeeld de verantwoordelijkheid van de alerte raadsman op, en begint die van de actieve zittingsrechter? Zelf een begin van een antwoord op vragen als deze ontbreekt. Daardoor kan maar al te gemakkelijk de indruk ontstaan dat het beleden uitgangspunt van een meer contradictoir strafproces een loze belofte is.’

611 Sinds 1 oktober 2000.

die juridisch valide is niet altijd aanvaard of zelfs maar begrepen.⁶¹² Corstens, de huidige president van de Hoge Raad, sprak hierover tijdens een voordracht in 2009.⁶¹³ Hij benadrukte dat ter wille van het behoud van het vertrouwen van de maatschappij rechterlijke beslissingen ook voor niet-juristen begrijpelijk moeten zijn en zelfs extra stevig moet worden gemotiveerd wanneer moet worden verwacht dat deze slecht zullen vallen. Deze woorden zullen ongetwijfeld in de rechterlijke macht doorklinken, maar het valt voorlopig niet te verwachten dat zij ook in de cassatierechtspraak een rol gaan spelen.

Al met al kan echter worden geconstateerd dat de Hoge Raad met de motiveringseisen inzake het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt de rechtsbescherming heeft versterkt: als de verdediging ergens een goed punt van maakt, krijgt hij antwoord. Daartegenover staat dat als zij zich passief opstelt, de rechter van de Hoge Raad slechts minimale verantwoording hoeft af te leggen. Het risico bestaat dat de rechter lijdelijker maakt, wat juist weer afbreuk doet aan rechtsbescherming.

612 In de week dat dit onderdeel werd geschreven ontstond grote commotie over een beslissing tot tijdelijke schorsing van de voorlopige hechtenis van een verdachte van mensenhandel, die van de gelegenheid gebruik maakte te vluchten. De media berichtten over de vlucht van een 'topcrimineel'. Het NOS-Journaal van 20 uur opende op 16 september 2009 zelfs met dit nieuws, nota bene op de dag van de Algemene Beschouwingen in de Tweede Kamer. Er werd gediscussieerd over de mogelijkheid van ontslag van de betrokken rechters (Goedemorgen Nederland, 17 september 2009). Politici reageerden geschokt en reppen van naïviteit van de betrokken rechters (zie Nu.nl, 18 september 2009 'Kamer geschokt door ontsnapping mensenhandelaar'). De woordvoerders van de SP en de VVD riepen eveneens op tot ontslag van de rechters. Krista van Velzen van de SP stelde: 'Deze crimineel schorsing geven was volstrekte waanzin (...) De mensen die hierin hebben toegestemd hebben een enorme blunder begaan (...) Deze mensen zijn incompetent gebleken (...) Het zijn wat mij betreft disfunctionerende rechters...' Zowel het Hof Arnhem als de Raad voor de Rechtspraak bracht een persbericht uit om uitleg te geven over de genomen beslissing ('Toelichting gerechtshof Arnhem op schorsing voorlopige hechtenis Saban B', 16 september 2009 en 'Reactie Raad voor de rechtspraak op berichtgeving over schorsing voorlopige hechtenis Saban B', 17 september 2009). Een dergelijke motivering via de media is betrekkelijk uniek (zeker nu het ging om een beschikking, die meestal zelf niet is gemotiveerd), maar bleek zeer noodzakelijk. Helaas besteedden de media aan deze uitleg aanmerkelijk minder aandacht, waardoor gevreesd moet worden dat de maatschappelijke acceptatie van rechtelijke uitspraken door dit incident is afgenomen, terwijl de motivering van de uitspraak velen zal zijn ontgaan. Betwijfeld mag bovendien worden of die motivering, die voor (strafrecht)juristen de beslissing zeker begrijpelijk (zij het achteraf gezien onjuist) maakt, de verontwaardigde burgers, journalisten en politici zal overtuigen. Dat laatste roept veel verdergaande vragen op, die in het kader van dit betoog helaas echter buiten beschouwing moeten blijven.

613 Voordracht president Hoge Raad over vertrouwen in de rechtspraak op jaarcongres NVvR 2009, zie de site van de Hoge Raad op www.rechtspraak.nl.

4 De rol van het onderscheid tussen feitelijke en rechtsbeslissingen bij de toetsing in cassatie

4.1 Inleiding

De Hoge Raad is geen feitenrechter. Dat wordt wel afgeleid uit de toetsingsgronden zoals neergelegd in artikel 79 RO. Aan de Hoge Raad is daarin immers opgedragen onderzoek te doen naar schending van het recht en verzuim van vormen. De juiste vaststelling van materiële en processuele feiten valt daar niet onder. In het civiele recht is zelfs sprake van een verbod op het zelf vaststellen van feiten, neergelegd in een wettelijke bepaling, artikel 419 Rv. Die bepaling houdt in dat de feitelijke grondslag van de middelen alleen kan worden gevonden in de bestreden uitspraak en de stukken van het geding (lid 2) en dat de Hoge Raad is gebonden aan wat in de bestreden uitspraak omtrent de feiten is vastgesteld (lid 3).⁶¹⁴ Het Wetboek van Strafvordering kent geen overeenkomstige bepaling, maar deze uitgangspunten worden ook in strafzaken gehanteerd.⁶¹⁵ Daarbij blijkt uit artikel 440 lid 2 Sv dat het in beginsel de bedoeling is dat de Hoge Raad na vernietiging de zaak zelf afdoet, maar dat hij dat alleen mag indien dit mogelijk is zonder in een nieuw onderzoek naar de feiten te treden. Hiervoor werd al besproken dat het gegeven dat de Hoge Raad geen feitenrechter is zijn wortels heeft in de geschiedenis en ook nu lijkt dit uitgangspunt oncontroversieel. Het onderscheid tussen het vaststellen van feiten en het daarop toepassen van het recht is echter niet zo gemakkelijk te maken – en de Hoge Raad houdt zich veel meer met de feiten bezig dan hij zelf wil toegeven.

Hieronder zal een beeld gegeven worden van de wijze waarop de Hoge Raad met het onderscheid tussen beslissingen over feiten en beslissingen over recht omgaat. In het volgende hoofdstuk zal vervolgens nader worden ingegaan op problematische kanten van dit onderscheid. Met name zal dan aan de orde komen in hoeverre dit ooit houdbaar was, in de huidige tijd nog houdbaar is en waarom de Hoge Raad er zo aan vasthoudt.

⁶¹⁴ Wel bevat art. 421 Rv de regeling dat indien na de vernietiging nog beslist dient te worden over feiten, de Hoge Raad zelf kan afdoen wanneer het een punt van ondergeschikte aard betreft waarover de Hoge Raad o.g.v. de stukken van het geding een beslissing kan geven.

⁶¹⁵ Dit is vaste jurisprudentie. Zie ook Van Dorst, 2009:157; Tjong, 2007:aant. 8 op art. 440 (supl. 141 (april 2004)), p. 440-109 en De Hullu, 1989:241.

4.2 **De behandeling door de Hoge Raad van rechts-, feitelijke en gemengde oordelen**

4.2.1 *Inleiding*

De Hoge Raad maakt een strikt onderscheid tussen rechtsbeslissingen, feitelijke beslissingen en gemengde beslissingen. Rechtsoordelen toetst hij volledig, feitelijke beslissingen slechts marginaal, dat wil zeggen: op begrijpelijkheid. Beslissingen met zowel feitelijke als rechtsaspecten noemt hij gemengde beslissingen. Hij toetst deze deels vol, deels marginaal. De Hoge Raad legt zelf nooit uit waarom hij bepaalde beslissingen als rechtsoordelen ziet en andere als feitelijke oordelen. Veegens verklaart dit uit voorzichtigheid, die voortkomt uit enerzijds het feit dat hierover onder juristen verschillende opvattingen bestaan en anderzijds de vrees voor onvoorziene consequenties van een principiële opstelling.⁶¹⁶ Dat neemt echter niet weg dat duidelijk is waar de Hoge Raad praktisch gezien de lijn trekt: de selectie, vaststelling en waardering van feiten behandelt hij uitdrukkelijk als een beslissing van feitelijke aard en de interpretatie van rechtsregels in algemene zin als een rechtsbeslissing. Daarnaast onderkent hij dat er beslissingen zijn die deels zijn gebaseerd op interpretatie van het recht en voor een ander deel op de waardering van de feiten. Die beslissingen noemt hij gemengd.

4.2.2 *Rechtsoordelen*

Van een rechtsoordeel is in de eerste plaats sprake als de rechter een rechtsregel in algemene zin heeft geïnterpreteerd, dat wil zeggen, zonder dat hij daarbij heeft aangegeven of deze op de vastgestelde feiten van toepassing is. Het gaat om het antwoord op een herhaalbare vraag. Daarbij moet worden gedacht aan een oordeel omtrent de afbakening van een in een delictomschrijving voorkomende term die een zuiver juridische lading heeft, bijvoorbeeld de term ‘enig goed’ in de zin van artikel 310 Sr. Zo wordt het oordeel over de vraag of een virtueel amulet en een virtueel masker uit het computerspel Runescape als ‘enig goed’ kunnen worden gekwalificeerd als een zuiver rechtsoordeel beschouwd.⁶¹⁷

Bovendien is sprake van een rechtsoordeel als de rechter een rechtsregel toepast waarin uitsluitend sprake is van bepaalde begrippen: door de wetgever nauwkeurig afgebakende gevallen waarin een bepaalde rechtsregel van toepassing is. Als die gevallen zich voordoen is de toepasselijkheid van de rechtsregel gegeven.

⁶¹⁶ Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:214.

⁶¹⁷ HR 31 januari 2012, LJN: BQ9251. Het antwoord luidt: ja.

Voorbeelden daarvan zijn de kwalificatie-beslissing in de zin van artikel 350 Sv en het oordeel omtrent de al dan niet geldige betekening van de dagvaarding.⁶¹⁸ Ook dergelijke rechtsoordelen zijn niet afhankelijk van de (overige) omstandigheden van dat geval.⁶¹⁹ Met andere woorden: het algemeen juridische oordeel is scherp te scheiden van het feitelijk oordeel.

Rechtsoordelen zijn volledig toetsbaar door de Hoge Raad. Een volledige toetsing is in de formulering van het arrest te herkennen doordat de Hoge Raad schrijft dat het oordeel ‘juist’, ‘onjuist’ of ‘niet onjuist’ is, of ‘geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting’. Hij laat de beslissing in stand als zij juist is, en vernietigt als ze onjuist is, wat er zij van de gegeven motivering. Als de Hoge Raad het niet eens is met de motivering van een op zichzelf juist rechtsoordeel, stelt hij zijn eigen motivering hiervoor in de plaats. De overweging kan dan bijvoorbeeld luiden ‘dit oordeel is juist, wat er zij van de motivering’.

4.2.3 *Feitelijke oordelen*

Feitelijke oordelen zijn oordelen van louter feitelijke aard, zoals het vaststellen van feiten of daarop gebaseerde feitelijke gevolgtrekkingen of redeneringen, zoals bijvoorbeeld (in beginsel) de bewezenverklaring. Het oordeel dat een door de verdachte gestelde gang van zaken niet aannemelijk is geworden is een ander voorbeeld daarvan.

Feitelijke oordelen worden slechts marginaal getoetst, te weten op hun begrijpelijkheid.

4.2.3.1 *Toetsing van feitelijke oordelen aan de processtukken*

De Hoge Raad mag – zo begon dit hoofdstuk – geen nieuw onderzoek naar de feiten doen; hij heeft zich in beginsel te houden aan datgene wat hem als vaststaand is aangedragen.⁶²⁰ Hij kan echter wel ingrijpen als de feitelijke vaststelling onbegrijpelijk is. In verband daarmee is het een relevant gegeven dat hij over het volledige procesdossier beschikt.⁶²¹ Van Dorst vermoedde in een artikel uit 1988 dat

⁶¹⁸ Of het betreffende geval zich voordoet is uiteraard een feitelijke vraag. In zoverre is een beslissing over bijvoorbeeld de geldigheid van de dagvaarding in haar geheel bezien toch gemengd, te weten feitelijk voorzover het de vaststelling van ‘het geval’ betreft en juridisch voorzover het gaat om de toepassing van de regel op dat geval. Waarderingsvrijheid heeft de rechter hier, gelet op de zeer gedetailleerde wettekst, echter niet of nauwelijks.

⁶¹⁹ Zie echter HR 16 juni 2009, LJN: BH2678, waarin de Hoge Raad oordeelde dat het oordeel van het hof ‘gelet op de aard en de inhoud van de onderhavige gegevens alsmede de overige omstandigheden van het geval’ geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting. Een ‘slip of the pen’?

⁶²⁰ Een uitzondering op deze regel is het optreden van de Hoge Raad als feitenrechter waar het gaat om wat Van Dorst ‘de voorhof’ van de cassatie noemt: de toetsing van alles wat zich heeft voorgedaan na de uitspraak van de bestreden beslissing. Zie Van Dorst, 2009:157-158.

⁶²¹ Op grond van art. 434 Sv. In het civiele recht geldt hetzelfde op grond van art. 34 Rv. Daaruit kan worden afgeleid dat degene die cassatie heeft ingesteld verplicht is een afschrift van de bestreden uitspraak en van de overige op het geding betrekking hebbende processtukken aan de Hoge Raad over te leggen.

de wetgever dit wenselijk achtte met het oog op de taak van de Hoge Raad in een aantal gevallen zelf de einduitspraak te doen.⁶²² De Hoge Raad heeft van het dossier echter lange tijd geen gebruik gemaakt. Van Dorst beschreef hoe de Hoge Raad zich in het begin van de negentiende eeuw steeds meer begon te spiegelen aan de Franse cassatierechter. Ten gevolge daarvan bracht de Raad een daarvóór niet bestaande scherpe scheiding aan tussen de feitelijke aanleg en het geding in cassatie door het bouwen van de ‘papieren muur’.⁶²³ Die zorgde ervoor dat de Hoge Raad alleen kennis nam van feiten die bleken uit het bestreden arrest en de daaraan ten grondslag liggende processen-verbaal van de zitting(en). In het begin van de jaren zeventig van de vorige eeuw werd die muur weer grotendeels neergehaald, toen – aldus Van Dorst – het inzicht doorbrak (of terugkwam) dat de Hoge Raad ‘in een aantal gevallen méér is dan alleen maar een boven en buiten het concrete geding staande cassatierechter, met daaraan gekoppeld de discussie in welke gevallen en tot waar hij als hoogste rechter in het geding mag ingrijpen.’⁶²⁴ Daarna voelde de Hoge Raad zich allengs weer vrijer het dossier zonodig te raadplegen. Maar hoe ver gaat hij daarin?

Sinds het begin van de jaren zeventig vernietigt de Hoge Raad wegens het ontbreken van een deugdelijke motivering wanneer die beslissing gelet op die stukken onbegrijpelijk is. Hij toetst aldus impliciet de juistheid van de vaststelling van de feiten. Zowel Van Dorst als Van Veen ontwaarde in de jurisprudentie van de Hoge Raad van na de doorbreking van de papieren muur vooral een verscherpte controle op de procesgang.⁶²⁵

De Waard stelde in zijn artikel in de Bronkhorstbundel in 1989 dat de toen geldende opvatting van de Hoge Raad over de overige stukken in het dossier luidde dat 1. daarvan kennis mag worden genomen en dat daaraan vermoedens mogen worden ontleend die kunnen meebrengen dat overwegingen en/of beslissingen van de feitenrechter onbegrijpelijk zijn, zodat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd, maar dat anderzijds: 2. de Hoge Raad de feiten en omstandigheden waarvan in stukken achter de muur melding wordt gemaakt niet zelfstandig mag vaststellen of interpreteren en op basis daarvan geen beslissingen mag nemen,

622 Van Dorst, 1988:939.

623 Van Dorst wees erop dat de muur is opgericht in een arrest van 8 november 1926, NJ 1926, p. 1342 m.nt. LB, waarin de Hoge Raad uitsprak dat het een ‘beginsel der cassatie procedure is, dat de feitelijke grondslag der middelen van cassatie uitsluitend kan worden bewezen door het aangevallen arrest of vonnis, tenzij de wet het tegendeel toestaat; dat dit laatste, voor wat strafzaken betreft, moet worden aangenomen ten aanzien der processen-verbaal van de terechtzitting (...) die bestemd zijn om mede voor den cassatierechter te doen blijken, wat daarin vermeld staat.’ Van Dorst stelt dat we naar de reden voor het optrekken van deze muur slechts kunnen gissen, omdat dit arrest hoogst apodictisch was. Zie Van Dorst, 1988:932-933. Hierover schrijft Van Dorst overigens ook in zijn Cassatie in strafzaken (Van Dorst, 2009:158-159). Zie ook hiervoor onder 3.3.3.

624 Van Dorst, 1988:941. De uitspraak uit 1971 waarmee de muur voor het eerst werd doorbroken was HR 19 oktober 1971, NJ 1972, 493 m.nt. CB.

625 Van Dorst, 1988:940; Van Veen, 1981:393-394.

aangezien dan sprake zou zijn van een nieuwe beoordeling van hetgeen is voorbehouden aan de feitenrechter.⁶²⁶ Uit wat Van Dorst hierover in zijn huidige werk schrijft blijkt dat deze opvatting bij de Hoge Raad ook vandaag nog de gangbare is: de feiten achter de papieren muur worden formeel alleen gebruikt om de juistheid van feitelijke vaststellingen door de lagere rechter te controleren en aan de hand daarvan de begrijpelijkheid van zijn feitelijke beslissingen te toetsen.⁶²⁷ Wanneer hij vermoedt dat de feitelijke vaststelling niet juist is, omdat deze op grond van hetgeen uit de stukken blijkt niet (direct) begrijpelijk is, vernietigt hij de beslissing en gaat de zaak terug naar de feitenrechter (meestal dezelfde) om dit vermoeden te verifiëren.

Toch is de werkelijkheid genuanceerder. Van Dorst signaleerde in 1988 zelf al dat de Hoge Raad in de praktijk soms toch zelfstandig feiten vaststelt waaromtrent de lagere rechter zich niet heeft uitgelaten, waarna hij de zaak zelf afdoet. Bij wijze van voorbeeld wees hij op een arrest waarin de Hoge Raad een verdachte vrijsprak, omdat hij uit het bloedproefformulier had afgeleid dat het bloedmonster waarop de veroordeling was gebaseerd niet verzegeld was. Van Dorst vond dat deze werkwijze – hoewel tot dan toe gunstig voor de verdachte – het onderscheid tussen de feitelijke aanleg en het cassatiegeding verduisterde.⁶²⁸ Ook Van Veen meende dat de Hoge Raad zich meer was gaan opstellen als hoogste rechter, waarbij hij constateerde dat de Hoge Raad soms de grens overschreed van de feiten die de rechter bij zijn vonnis ter beschikking had. Wel voegde hij daaraan toe dat de Hoge Raad zich zorgvuldig was blijven onthouden van elke beoordeling van feiten die tot een bewezenverklaring en strafoplegging hadden geleid.⁶²⁹ Reden om nader in te gaan op de wijze waarop de Hoge Raad met de toetsing van feitelijke oordelen omgaat.

4.2.3.2 *Terughoudendheid is de regel, maar uitzonderingen zijn er ook*

In het algemeen is de Hoge Raad zeer terughoudend in zijn toetsing van feitelijke oordelen. De Roos constateerde naar aanleiding van het beruchte ‘verkrachtings-arrest’ uit 1987 dat ‘de feitelijke rechter (...) zeer veel voor toetsing door de cassatierechter kan afschermen.’⁶³⁰ Wanneer het zo uitkomt gaat de Hoge Raad echter tamelijk vrij met de feiten om.

Knigge stelde in een noot bij een arrest uit 1994 dat regel is dat het oordeel dat de aangevoerde feiten niet aannemelijk zijn geworden geen nadere motivering behoeft en in cassatie niet kan worden getoetst. Hij wees echter op een arrest uit

626 De Waard, 1989:324.

627 Van Dorst, 2009:160.

628 Van Dorst, 1988:942. Het arrest was HR DD 87.488.

629 Van Veen, 1981:393-394.

630 De Roos, 1988:1015. Het ‘verkrachtingsarrest’ betreft HR 16 juni 1986, NJ 1988, 156. In dit arrest bleek de overweging van het hof dat de man niet voldoende had kunnen voorzien dat de vrouw geen gemeenschap wilde in cassatie onaantastbaar. Deze uitspraak zorgde voor veel commotie.

1987,⁶³¹ waarin de Hoge Raad de mogelijkheid van uitzonderingen op die regel aanvaardde.⁶³²

De Hullu constateerde in een annotatie in 1997⁶³³ dat de Hoge Raad vaststelde dat het hof de juistheid van bepaalde door de verdachte genoemde feiten en omstandigheden in het midden had gelaten, ‘zodat daarvan in cassatie moet worden uitgegaan’. Hij vond de daarop volgende samenvatting van de Hoge Raad van die feiten en omstandigheden net iets dramatischer dan de verklaring van de verdachte zelf. In het licht van die ‘vaststaande feiten’ werd de motivering van de verwerping van het beroep op noodweer vervolgens als niet begrijpelijk aangemerkt. De Hullu:

‘Deze werkwijze, die in recente jurisprudentie wel vaker voorkomt (...⁶³⁴), verschilt van de meer klassieke aanpak waarbij de cassatierechter uitgaat van uitdrukkelijk gemaakte feitelijke vaststellingen in combinatie met de regel dat de feitenrechter bij verweren soms de juistheid van bepaalde feiten en omstandigheden niet in het midden mag laten.’⁶³⁵

Hij was het daar niet zo mee eens, want hij vervolgde:

‘Beter dan in het onderhavige arrest gebeurt, drukt dat model uit welk verwijt de cassatierechter maakt aan de feitenrechter: diens beslissing is niet zozeer onbegrijpelijk als wel onvoldoende gemotiveerd. De klassieke aanpak is mijns inziens ook zuiverder voor de feitenrechter naar wie wordt verwezen: die wordt dan niet geconfronteerd met feiten waarvan de Hoge Raad is “uitgegaan”, maar met feiten die volgens de cassatierechter moeten worden onderzocht.’

Hoewel nadien de formulering waarbij de Hoge Raad zelf van bepaalde feiten ‘uitgaat’ weer uit de jurisprudentie verdween, blijft het zo nu en dan voorkomen dat de Hoge Raad aan een verkapte feitenvaststelling doet. Een recent voorbeeld daarvan is een arrest uit 2011, waarin de Hoge Raad een uiteenzetting van de feiten geeft, voorafgegaan door de woorden dat het hof onder meer deze feiten ‘blijkens de bewijsvoering’ heeft vastgesteld. De feitelijke gang van zaken zoals in de uiteenzetting van de Hoge Raad naar voren komt is uit die bewijsvoering echter niet met zoveel woorden te lezen, maar wordt wel verwoord in de toelichting op het

631 HR 24 november 1987, NJ 1988, 639.

632 Het arrest dat hij annoteerde, HR 31 mei 1994, NJ 1995, 29 m.nt. Kn, bevatte een dergelijke uitzondering: de Hoge Raad achtte een (hypothetisch) feitelijke vaststelling in het kader van de verwerping van een verweer zonder nadere toelichting onbegrijpelijk. Het betrof een inijkoperatie, terzake waarvan het hof het verweer dat deze onrechtmatig had plaatsgevonden had verworpen. De Hoge Raad vernietigde het arrest en overwoog onder meer dat, voorzover het hof had vastgesteld dat geen inijkoperatie had plaatsgevonden, deze vaststelling onbegrijpelijk was gelet op hetgeen de procureur-generaal terzake had aangevoerd.

633 HR 25 april 1997, NJ 1997, 627 m.nt. de Hullu.

634 Hij verwees als voorbeeld naar HR 1 juli 1996, NJ 1996, 753.

635 Hij merkte op dat de in dit arrest gevolgde werkwijze van de Hoge Raad voor de verdediging de noodzaak onderstreepte om zelf relevante feiten en omstandigheden naar voren te brengen en voor de feitenrechter om duidelijk te zijn over wat daarvan wel én niet aannemelijk werd geacht.

middel van cassatie in die zaak.⁶³⁶ Het opmerken waard is nog dat dit arrest werd gewezen in een vijf-kamer, wat doet veronderstellen dat over deze formulering door de hele strafkamer grondig zal zijn nagedacht.

Keulen stelde in 2009 dat de Hoge Raad vanaf de zeventiger jaren in cassatie ‘feitelijk’ steeds meer rechtsbescherming ging bieden en de controle op het strafproces sinds het artikel van Van Veen nog verder heeft versterkt. Hij memoreerde onder meer dat Van Veen in 1981 nog stelde dat de Hoge Raad bij de controle op de bewijsconstructie genoeg had aan de tekst van de uitspraak. Hij stelde daar tegenover de beide Promis-arresten uit 2007 waarin ‘in het kader van de controle op de bewijsconstructie onbekommerd in het dossier (werd-AR) gebladerd’.⁶³⁷

4.2.3.3 *Het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt*

Ondanks het voorgaande bleef het bastion van de feitenrechter waar het gaat om de selectie en waardering van de feiten steeds overeind, totdat het fenomeen van het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt zijn opwachting maakte in de jurisprudentie. Nadat de wetgever deze nieuwe motiveringsverplichting in 2006 had ingevoerd duurde het even totdat duidelijk werd welke kant de Hoge Raad hiermee zou opgaan. Maar geleidelijk aan bleek dat de Hoge Raad zijn motiveringsjurisprudentie aanscherpte. Daardoor ontstonden voor het eerst responsieplichten voor de feitenrechter terzake van ‘gewone’ bewijsverweren, zoals verweren met betrekking tot alibi’s⁶³⁸ en de betrouwbaarheid van bewijsmiddelen, mits deze verweren aan de eisen van onderbouwing voldeden.⁶³⁹ De tegenhanger daarvan was dat de Hoge Raad een deel van zijn vroegere terughoudendheid op deze punten liet varen.

Daarnaast begon de Hoge Raad in 2009 ook nog eens zijn controle op de bewijsconstructie te vergroten door verscherping van zijn jurisprudentie op het terrein van de bewijsminima. Zijn nieuwe opvatting met betrekking tot de ‘unus testis, nullus testis’-regel van artikel 342 Sv houdt in dat ‘deze bepaling de rechter verbiedt tot een bewezenverklaring te komen ingeval de door één getuige gereleveerde feiten en omstandigheden op zichzelf staan en onvoldoende steun vinden in ander bewijsmateriaal.’ Wat ‘op zichzelf staan’ en ‘onvoldoende steun vinden’ inhouden bleek al snel de vraag waar feitenrechters mee worstelden. De Hoge Raad gaf hiervoor echter geen nadere maatstaf, maar pleegt te overwegen dat

636 HR 22 november 2011, NJ 2012, 175 m.nt. Keulen. Hierbij moet worden opgemerkt dat dit uit het gepubliceerde deel van het arrest, waarin bewijsvoering noch middel zijn weergegeven, niet kenbaar is. Keulen stelt echter dat dit het geval is, waarbij er vanuit gegaan mag worden dat hij van bedoelde toelichting kennis genomen heeft.

637 Keulen, 2009:206. Dat bladeren moet gelet op de Promiswerkwijze overigens ook wel, nu in het vonnis mag worden volstaan met een samenvatting van de bewijsmiddelen, die door de Hoge Raad moet worden gecontroleerd. Het woord ‘onbekommerd’ lijkt dan ook minder juist gekozen, temeer nu dit geblader het controlewerk niet gemakkelijker, en zeker bewerkelijker, maakt.

638 HR 12 september 2006, NJ 2007, 121 m.nt. Schalken.

639 Zoals bijvoorbeeld het resultaat van fotoconfrontaties in HR 19 juni 2007, NJ 2008, 179 m.nt. YB of de betrouwbaarheid van een getuige in HR 15 mei 2007, LJN: AZ9353.

639 HR 14 maart 1989, NJ 1989, 747 m.nt. ‘tH.

hij daaromtrent slechts tot op zekere hoogte duidelijkheid kan verschaffen door zijn beslissingen in concrete gevallen. Dat valt in de praktijk echter tegen, nu de Hoge Raad zelf soms karig is in zijn eigen motivering, zelfs wanneer hij in zijn oordeel afwijkt van de conclusie van de advocaat-generaal.⁶⁴⁰ In algemene zin is slechts duidelijk dat tussen het belangrijkste redengevende bewijsmiddel en het steunbewijs een niet al te ver verwijderd verband mag bestaan en dat de feitenrechter in zijn uitspraak in reactie op een verweer terzake moet uitleggen waarom hij van oordeel is dat het bewijs voldoende is. Waar die motivering ontbreekt, vult de Hoge Raad deze soms zelf aan⁶⁴¹ – net als in de tijd van Taverne.⁶⁴²

Ook een arrest uit 2012 lijkt erop te duiden dat de Hoge Raad een eigen beoordeling van het bewijs en de bewijsconstructie maakt. In dit arrest pardonneerde de Hoge Raad het opnemen in de bewijsconstructie van een onderdeel van de verklaring van de verdachte waarvan het hof had overwogen dat onderdeel niet geloofwaardig te achten.⁶⁴³ De Hoge Raad besliste dat dit in het betreffende geval niet aan een behoorlijke motivering van de bewezenverklaring in de weg stond, gelet op de bewijsvoering als geheel. Een bijzondere uitspraak, omdat hij het normaliter ten aanzien van de bewijsvoering aan de feitenrechter overlaat uit te maken of ook zonder zo'n onderdeel van de bewijsvoering deze nog voldoende dragend voor de bewezenverklaring kan worden geacht. Het staat te bezien of dit arrest echt een wijziging in de terughoudende opstelling markeert, of dat sprake is van een incident.

4.2.4 *Gemengde oordelen*

4.2.4.1 *Wat zijn gemengde oordelen?*

Gemengde oordelen zijn beslissingen die in cassatie als van deels juridische en deels feitelijke aard worden beschouwd. Waar de wetgever onbepaalde of vage normen of begrippen hanteert, is de nadere uitwerking van de inhoud van die normen en begrippen (al dan niet doelbewust) aan de rechter overgelaten. De Hoge Raad formuleert, uit hoofde van zijn taken op het gebied van rechtseenheid en rechtsontwikkeling, vaak maatstaven ter nadere bepaling van dergelijke begrippen.

De gedachte hierachter is dat de rechter aan de hand daarvan eerst zijn opvatting over de inhoud van de norm of het begrip bepaalt en deze vervolgens toepast op de door hem vastgestelde feiten. Het bepalen van de opvatting over de norm of het begrip wordt gezien als een oordeel in algemene zin en daarom als een

⁶⁴⁰ Zie bijvoorbeeld HR 6 maart 2012, LJN: BS7910. Zie over de bewijsminimumregel ook Borgers, 2012:873-893. Ook hij stelt dat de Hoge Raad meer inzicht zou kunnen geven in zijn gedachtegang.

⁶⁴¹ Zie HR 6 maart 2012, LJN: BQ6144. De Hoge Raad legde uit in welke specifieke onderdelen van het bewijs hij de nodige ondersteuning aantrof.

⁶⁴² Zie hiervoor onder 5.2.3.

⁶⁴³ HR 20 maart 2012, LJN: BV3442. De AG Machielse concludeerde tot vernietiging, juist vanwege de vaste terughoudendheid op dit punt in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot dan toe.

rechtsoordeel. De daarop volgende toepassing op de feiten is het feitelijke oordeel.⁶⁴⁴

De vaste formule bij de verwerping van klachten over gemengde oordelen luidt ‘dat het bestreden oordeel geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en voor het overige, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op zijn juistheid kan worden getoetst.’ Wanneer deze formule wordt gehanteerd geeft de Hoge Raad aan dat hij van oordeel is dat de beslissing juridisch niet onjuist is en verder tot het domein van de feitenrechter behoort. In die gevallen kan het goed zijn dat een beslissing in tegengestelde zin evenmin zou zijn gecasseerd. Veegens meent dat men niet mag zeggen dat dit betekent ‘dat die norm of dat begrip binnen bepaalde grenzen verschillende beslissingen toelaat’, omdat positiefrechtelijk slechts één beslissing juist kan zijn. De formule betekent zijns inziens dan ook niet meer dan dat de cassatierechter zich onthoudt van het oordeel welke beslissing in het concrete geval juist is.⁶⁴⁵

Voor gemengde oordelen geldt dus dat ze vernietigd kunnen worden vanwege een rechtsschending en vanwege een motiveringsgebrek. Wanneer het de Hoge Raad niet duidelijk is waarom een bepaald verweer (bijvoorbeeld een beroep op overmacht) is verworpen, kan de volgende formule volgen: ‘dat de feitenrechter geen inzicht heeft gegeven in zijn gedachtegang, omdat niet duidelijk is of hij de aan het verweer ten grondslag gelegde feiten niet aannemelijk heeft geacht, dan wel deze wel aannemelijk heeft geacht, maar heeft geoordeeld dat die feiten geen overmacht opleveren.’⁶⁴⁶ Die formulering geeft aan dat sprake is van een motiveringsgebrek, dat in een geval als dit kan verhullen dat het hof een rechtsbegrip verkeerd heeft geïnterpreteerd en dus ook het recht heeft geschonden.

Motiveringsgebreken kunnen leiden tot vernietiging, maar dat hoeft niet: de Hoge Raad kent ook talrijke mogelijkheden tot reparatie, waaronder verbetering van de motivering.⁶⁴⁷

4.2.4.2 De totstandkoming van het begrip ‘gemengde beslissing’

Over wat precies een gemengde beslissing is, is veel meer te zeggen dan in de vorige paragraaf naar voren is gekomen. Het begrip heeft, zoals zojuist gezegd, betrekking op door de wetgever vaag of onbepaald gehouden begrippen.

Alvorens daaraan een nadere beschouwing te wijden, is het zinvol te vertellen hoe het begrip ‘gemengde beslissing’ is ontstaan.

In een nabeschuiving van de vergadering van de NJV van 1909, waarin het onderscheid tussen feit en recht was besproken, stelde de redactie van het Weekblad van het Recht dat tussen feitelijke- en rechtsbeslissingen een derde categorie van beslissingen ligt, die enerzijds oorzaak is voor twijfel over de mogelijkheid van het onderscheid en aan de andere kant aanleiding is voor kritiek op de beperkingen van

644 Zie hierover nader de paragraaf over rechtsoordelen en feitelijke oordelen hierboven en over de betrekkelijkheid en de problematische kanten van dit onderscheid het volgende hoofdstuk.

645 Veegens, Korthals Altes en Groen 2005:226. Met die uitspraak zal niet iedereen het eens zijn, zoals hierna aan de orde zal komen.

646 Zie voor een vergelijkbaar voorbeeld HR 8 september 2009, LJN: BI3895.

647 Zie daarover onder meer Hielkema, 2007.

de cassatierechtspraak. Dat markeerde het begin van een langlopende wetenschappelijke discussie.⁶⁴⁸ Witteman signaleerde in zijn proefschrift 'De grens tusschen recht en feit in de burgerlijke cassatie' in 1925, dat de jurisprudentie van de Hoge Raad over bepaalde onderwerpen geen vaste grens te zien gaf tussen recht en feit. Met name op het terrein van de kwalificatie constateerde hij dat de Hoge Raad een begrip 'nu eens feitelijk, dan weer juridisch' noemde.⁶⁴⁹ Datzelfde deed zich voor bij het 'arbitrium iudicis', waaronder hij verstond 'die gevallen, waar blijkens den tekst der wet of haar bedoeling, zij den rechter wilde vrijlaten in zijn beoordeeling der feiten, of in het hanteeren der wet. In het eerste geval gebruikt de wet meestal ruime uitdrukkingen...' ⁶⁵⁰ Met name die onderwerpen, de kwalificatie van begrippen en de interpretatie van vage normen, werden ook in de verdere discussie herkend als probleemgebieden waarop de Hoge Raad niet altijd even consequent oordeelde en zijn taak mogelijk in onvoldoende mate uitoefende.

Van Praag introduceerde in deze discussie als eerste het begrip 'gemengde gevallen'. Hij stelde in 1925 in een artikel in het *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*⁶⁵¹ dat in cassatie niet alleen zuiver feitelijke beslissingen onaantastbaar zijn, maar ook beslissingen over rechtsvragen waarvan de beantwoording enkel afhangt van de omstandigheden van het concrete geval. Daarnaast zag hij 'gemengde gevallen', waarbij het nodig is eerst een punt van wetsuitlegging in algemene zin te beslissen, waarna het resultaat daarvan dan ook nog moet worden toegepast op dat concrete geval. Dat laatste zou dan in cassatie niet toetsbaar zijn, behalve in geval van flagrant verkeerde beslissingen.⁶⁵² Dit inzicht leidde al snel daarna tot de intrede van het begrip 'gemengde beslissing', dat tot op de dag van vandaag een belangrijke rol speelt in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Dat geldt niet alleen op het terrein van het civiele recht – waarbinnen het begrip zich ontwikkelde – maar ook in strafzaken.⁶⁵³

648 Zie hierover nader Veegens, Korthals Altes en Groen 2005:206-209.

649 Witteman, 1921:68. Witteman was advocaat en politicus, na de oorlog was hij korte tijd Minister van Binnenlandse Zaken en langdurig lid van de Eerste Kamer.

650 Witteman, 1921:50. Hij meende dat in die gevallen, die meestal 'de rol van de rechter tegenover het bewijs' betroffen, de feitenrechter de vrije hand had, zij het in gebondenheid aan de wet (zie Witteman, 1921:56). Andere categorieën waarin hij een vage grens tussen feitelijke- en rechtsvragen ontwaarde waren nog de uitlegging van processtukken en de uitlegging van overeenkomsten.

651 Van Praag, 1925:137-193. Het eerste deel van dit artikel staat in dezelfde band van dat tijdschrift (Van Praag, 1925:1-40).

652 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:208.

653 Dat begrip heeft echter een andere inhoud gekregen dan Van Praag daaraan gaf. Hij vond dat de onaantastbaarheid van een beslissing omtrent de vraag of bepaalde feiten onder een wettelijk begrip kunnen worden gebracht hierin kan liggen, dat dit van de feitelijke omstandigheden afhangt. Daarbij erkende hij wel dat een dergelijke vraag een rechtsvraag was, maar, zo stelde hij, 'Met het tegenover elkaar stellen van feitelijke en rechtsvragen kan men op dit gebied niet volstaan.' De beantwoording van sommige rechtsvragen hangt immers ook enkel af van de omstandigheden van het geval.

De problematiek van de gemengde gevallen in cassatie bleef voortdurend onderwerp van discussie, niet in het minst omdat het aantal ‘vage normen’ in de wetgeving toenam.⁶⁵⁴

4.2.4.3 ‘Onbepaalde begrippen’ in het strafrecht

In het strafrecht wordt veel gewerkt met bepaalde begrippen. De rechtszekerheid en de voorzienbaarheid brengen mee dat delictsomschrijvingen vaak in precieze termen zijn omschreven. Zeker het materiële strafrecht – waar het legaliteitsbeginsel een rol speelt – wijkt hierin af van het civiele recht.⁶⁵⁵

Toch is het een misvatting te denken dat strafbepalingen en strafvorderlijke regels louter uit bepaalde begrippen zouden bestaan. Het materiële strafrecht bevat vele delictsomschrijvingen waarin, naast bestanddelen die een zuiver juridische lading hebben, ook meer diffuse termen voorkomen. Datzelfde geldt voor strafvorderlijke normen en jurisprudentiële regels. Dergelijke normen en regels worden vaak aangeduid als ‘vaag’ of ‘onbepaald’.⁶⁵⁶

In veel gevallen zal het gemengde karakter van beslissingen over de toepassing van dergelijke begrippen niet aan het licht komen, omdat interpretatieproblemen zich niet zo vaak voordoen. Zeker waar het gaat om veel voorkomende delicten is de interpretatie van de bestanddelen in de jurisprudentie uitgekristalliseerd. Wanneer de interpretatie echter wel een probleem is, erkent de Hoge Raad dat ook en behandelt hij de betreffende beslissing als een gemengd oordeel.⁶⁵⁷ Hoewel het strafrechtelijke beslissingsmodel dus eenvoudig lijkt (de bewezenverklaring is een feitelijk – en de kwalificatie een rechtsoordeel) – en het uiteenhouden van feitelijke- en rechtsoordelen dus gemakkelijk, is dat een schijn die bedriegt. Het strafrecht staat bol van de gemengde beslissingen.

4.2.4.4 ‘Vage normen’ en kwalificatie

De kwalificatie en het geven van inhoud aan vage normen waren, zoals hiervoor gezegd,⁶⁵⁸ de gebieden waarop het onderscheid tussen feit en recht in de cassatie in het civiele recht al vroeg als problematisch werd gevoeld.⁶⁵⁹

654 Zie hierover ook hoofdstuk 2, onder 2.2.4, Rechtsvinding en rechtsvorming na de tweede wereldoorlog.

655 Zie hierover ook Veegens, Korthals Altes en Groen 2005:223 en Koster, geciteerd door Van Dorst, 2009:156.

656 Deze begrippen worden hier als synoniemen gehanteerd. Veegens behandelt dit onderwerp uitvoerig en onderscheidt onbepaalde begrippen in ‘vage normen’ en ‘open begrippen’. Als het verschil tussen beide noemt hij dat ‘vage normen’ een waardeoordeel uitdrukken, terwijl dat bij ‘open begrippen’ niet het geval is. Dit onderscheid wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.

657 Dergelijke interpretatieproblemen komen bijvoorbeeld aan de orde in de zogenoemde dakdekkersjurisprudentie.

658 Zie onder 2.2.4.

659 Zie over het probleem van de kwalificatie nader Veegens, Korthals Altes en Groen 2005:210-214 en Memelink. 2009:53. Zie over de problematiek van de interpretatie van open normen nader Loth, Den Hollander, Schild, Wiegerink en Schulten, 2007:325. Zij stellen dat in het geval van open normen de rechter niet zozeer de omstandigheden van het geval toetst aan de regel, maar ze weegt binnen een open norm.

Nu zijn de begrippen ‘kwalificatie’ en ‘vage norm’ (ook wel: ‘onbepaald begrip’), ongelijksoortig. Kwalificatie is de vertaalslag van feiten naar recht, de vertaalslag die de rechter moet maken. Een ‘vage norm’ is een begrip, hier bedoeld als een begrip in een norm of regel, met een zodanig brede omschrijving dat niet zonder meer duidelijk is wat daar wel en niet onder valt. Juist daar levert kwalificatie problemen op. Kwalificatie van feiten onder onbepaalde begrippen is een deelgebied van het grotere terrein van de kwalificatie in het algemeen.

In het civiele recht worden kwalificatiebeslissingen altijd als gemengde beslissingen beschouwd, terwijl in het strafrecht deze beslissing geldt als een rechtsbeslissing.⁶⁶⁰ Maar gaat het dan wel over hetzelfde? Het antwoord moet luiden: nee. ‘Kwalificatie’ (in formele zin) in het strafrecht is wat anders dan in het civiele recht. In het strafrecht wordt met ‘de kwalificatie’ gewoonlijk bedoeld op de beslissing welk strafbaar feit het bewezenverklaarde volgens de wet oplevert, de tweede vraag van artikel 350 Sv. Het nemen van deze beslissing is echter zelden problematisch, omdat de tenlastelegging al zo toegesneden is op een bepaalde delictsommschrijving dat met de bewezenverklaring de kwalificatie eigenlijk gegeven is.⁶⁶¹ De materiële kwalificatiebeslissingen liggen dan ook vóór dat moment. Zoals Pelser het formuleert: ‘Voor zover (...) sprake is van noodzaak tot uitleg van de al dan niet gebezigde interpretatie van een wetsterm, wordt deze gegeven in het kader van de motivering van de bewezenverklaring.’ Zij wijst er voorts op dat in de bewezenverklaring algemeen aanvaarde interpretaties van de delictsommschrijving besloten liggen.⁶⁶² Die interpretaties worden in het strafrecht alleen niet als kwalificatie benoemd.⁶⁶³

660 Deze laatste vraag is in het Nederlandse cassatiestrafrecht met stelligheid beantwoord. De strafkamer beschouwt de kwalificatiebeslissing, inhoudend dat de vastgestelde feiten een strafbaar feit opleveren, als een rechtsoordeel en toetst deze volledig. Zie bijvoorbeeld HR 15 april 2003, LJN: AF2337.

661 Pelser is dezelfde mening toegedaan en verwijst in haar verhandeling over de motiveringsverplichting ten aanzien van de kwalificatiebeslissing naar Van Bemmelen, Knigge en Reijntjes die allen deze motiveringsverplichting (vrijwel) overbodig achten omdat, zoals Van Bemmelen het ooit formuleerde, de kwalificatiebeslissing niet anders kan worden gemotiveerd dan door de overweging dat het bewezen verklaarde feit onder een bepaalde wettelijke strafbepaling valt. Pelser, 1995:276, 277.

662 Pelser, 1995:283. Zie overigens HR 18 oktober 1988, NJ 1989, 267, waarin de Hoge Raad overwoog dat ervan moet worden uitgegaan dat een in de tenlastelegging gebezigde term die aan de wet is ontleend, dezelfde betekenis heeft als die wettelijke term, tenzij het tegendeel bepaaldelijk uit de tenlastelegging volgt.

663 Van Praag zou het hiermee niet eens geweest zijn. Hij zag een verschil tussen kwalificatie en subsumtie: ‘Is de kwalificatie de juridische benoeming van het feitelijk geconstateerde, de subsumptie is het rangschikken van het geconstateerde onder een bepaalde in de wet aangeduide juridieke benaming.’ Van Praag, 1925:37. Veegens gebruikt de termen subsumptie (eigenlijk het Duitse woord voor kwalificatie) en kwalificatie als synoniemen. Veegens, Korthals Altes en Groen 2005:193 en 195.

Het gaat hier echter evident om de waardering van feiten met het oog op toepassing van een rechtsregel, waarvan Veegens stelt dat deze identiek is aan kwalificatie.⁶⁶⁴ In de dakdekkersjurisprudentie wordt dit in wezen ook erkend. De bewezenverklaring van een begrip afkomstig uit de rechtsregel waaronder wordt gekwalificeerd, behoeft immers motivering wanneer terzake verweer is gevoerd.⁶⁶⁵ Die motivering kan blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting. Ook wanneer bij de bewezenverklaring begrippen een rol spelen die niet rechtstreeks zijn ontleend aan de rechtsregel waaronder het feit wordt gekwalificeerd (in de formele zin van het woord) kan sprake zijn van een feitenwaardering die als kwalificatie moet worden beschouwd, getuige het hieronder weergegeven citaat met betrekking tot het ‘uitzichtloos en ondraaglijk lijden’, dat een rol speelt bij de vraag of euthanasie moord of doodslag oplevert.

Zo beschouwd is de stand van zaken in het strafrecht dus gelijk aan die in het civiele recht: ook in het strafrecht wordt de kwalificatie in materiële zin beschouwd als een gemengd oordeel.⁶⁶⁶ Anders dan in het civiele recht wordt dit in de strafrechtelijke literatuur echter niet of nauwelijks besproken. Misschien is het typerend dat een voorbeeld van het probleem van de waardering van feiten in het strafrecht afkomstig is van een civiele auteur als Carel Smith, die in een mooie beeldspraak over de kwalificatie van feiten onder de euthanasiebepaling het volgende zegt:

‘Of het lijden uitzichtloos en ondraaglijk is, kan alleen in concreto worden vastgesteld door betekenis en gewicht toe te kennen aan de feiten en omstandigheden van het geval in het licht van de regeling. We raken hier de vloedlijn waarbij feit en norm in elkaar overgaan en de grens tussen beide vervloeit. We beslissen hier niet langer naar de regel – de regel geeft geen duidelijke aanwijzingen – maar verklaren de regel op dit geval van toepassing door te oordelen dat *in de gegeven omstandigheden* het lijden ondraaglijk is. In deze gevallen, aldus Scholten, neemt de rechter de waardering van het feitelijke in de beslissing op: er is geen andere regel dan die van het feitencomplex als geheel. (...) Dit is de strekking van de spreuk *ius in causa positum*: in de feiten ligt het recht.’⁶⁶⁷

Een uitspraak van de strafrechter bevat naast de bewezenverklaring nog vele beslissingen die inhouden dat op vastgestelde materiële of processuele feiten bepaalde juridische regels of begrippen al dan niet van toepassing zijn. Te denken valt bijvoorbeeld aan begrippen in het kader van verweren inzake de strafbaarheid van feit of dader, zoals bijvoorbeeld noodweer. Dergelijke kwalificaties worden door

⁶⁶⁴ Veegens, Korthals Altes en Groen 2005:211.

⁶⁶⁵ Al valt daarbij de kanttekening te maken dat een dergelijk oordeel dan wordt getoetst op (de begrijpelijkheid van) de motivering, wat formeel slechts een marginale toetsing is. Materieel is een dergelijke toetsing echter wel degelijk ‘vol’. De Hoge Raad geeft binnen die afweging immers een rechtsoordeel, bijvoorbeeld: ‘Die enkele omstandigheid levert niet op een “valselijk opmaken” als hiervoor bedoeld’ (HR 24 september 2002, LJN: AE7941).

⁶⁶⁶ Men zou zelfs kunnen zeggen dat de kwalificatie vaak als feitelijk oordeel wordt beschouwd, nu ‘de selectie en waardering van de feiten’ naar vaste rechtspraak als een feitelijke beslissing wordt beschouwd. Waar echter interpretatievragen rijzen wordt het oordeel echter wel degelijk als gemengd oordeel getoetst.

⁶⁶⁷ Smith, 2007:178. Smith is universitair hoofddocent bij het departement Metajuridica van de juridische faculteit van de Universiteit Leiden.

de strafkamer van de Hoge Raad wél expliciet als gemengde beslissingen beschouwd en op dezelfde manier behandeld als de civiele kamer dat doet.

4.2.4.5 *Maatstaven ter invulling van onbepaalde begrippen*

De Hoge Raad reikt de lagere rechter regelmatig maatstaven aan om onbepaalde begrippen nader in te vullen en gebruikt deze maatstaven ook om het rechtsgedeelte van gemengde beslissingen te toetsen.⁶⁶⁸ Voor wat betreft het materiële strafrecht valt daarbij bijvoorbeeld te denken aan maatstaven om te bepalen wanneer sprake is van voorwaardelijk opzet ('het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans') of criminele organisatie ('een duurzaam en gestructureerd samenwerkingsverband, met als oogmerk het plegen van strafbare feiten'). Voor wat betreft het formele strafrecht kan gedacht worden aan arresten waarin uitvoerige beschouwingen worden gewijd aan inhoud en toepassing van open begrippen als de redelijke termijn, het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt, vormverzuimen als bedoeld in artikel 359a Sv of aan criteria voor het oproepen van getuigen naar de terechtzitting.

Dergelijke uitspraken behelzen vaak een mengeling van dwingende voorschriften voor de interpretatie van de betreffende bepaling (de eigenlijke maatstaven dus) en richtlijnen voor de toepassing daarvan, waarbij de omstandigheden van het geval een belangrijke rol spelen.⁶⁶⁹ Wanneer de feitenrechter bij het beoordelen van een geval waarin dergelijke open begrippen aan de orde zijn verzuimt de door de Hoge Raad gegeven maatstaf te hanteren, is sprake van schending van het recht. De betreffende maatstaf is immers bepalend voor de interpretatie van de norm waarop deze betrekking heeft en moet altijd worden toegepast, welke de omstandigheden van het geval ook zijn. Wanneer de feitenrechter de maatstaf wel toepast, kan het nog steeds zijn dat de Hoge Raad zijn uitspraak vernietigt: als op grond van de feiten de wijze waarop de maatstaf wordt toegepast onbegrijpelijk is, is sprake van een

668 Zie hierover ook Rozemond, 2000:706-712. Hij bespreekt hierin drie typen van voorafgaande beschouwingen, te weten 1. beschouwingen van verhelderende, maar niet principiële aard, 2. bespreking van principiële rechtsvragen ter bevordering van de rechtsontwikkeling en de rechtszekerheid en 3. formulering van nieuwe rechtsregels ter beantwoording van principiële rechtsvragen. Hij behandelt in dit artikel niet het hier besproken onderscheid tussen rechts- en feitelijke oordelen, maar het artikel heeft hiervoor wel enige relevantie, omdat eruit blijkt hoe de Hoge Raad de lagere rechter leiding geeft bij het interpreteren van open normen.

669 Zie bijvoorbeeld HR 17 juni 2008, LJN: BD2578, waarin de Hoge Raad in overweging 3.7 aangeeft hoe hij het oordeel van de feitenrechter als cassatierechter toetst. Daaruit volgt dat de beslissing of sprake is van schending van de redelijke termijn een gemengd oordeel is, omdat de Hoge Raad m.b.t. dat oordeel toetst of geen sprake is van een onjuiste rechtsopvatting en of de beslissing niet onbegrijpelijk is, terwijl de bepaling van de gevolgen van die termijnoverschrijding een feitelijk oordeel is dat alleen op zijn begrijpelijkheid wordt getoetst.

motiveringsgebrek en dus van een vormverzuim.⁶⁷⁰

Ook in het civiele recht worden dergelijke maatstaven gehanteerd. Veegens bespreekt drie vormen daarvan, te weten: 1. harde subregels, 2. vuistregels en 3. gezichtspunten.

Van een harde subregel is sprake wanneer in een bepaalde situatie toepassing van het onbepaalde begrip altijd tot een bepaalde uitkomst moet leiden. In deze gevallen leidt de rechter uit het betreffende begrip een veel meer op het concrete geval toegesneden subregel af en kwalificeert het concrete geval onder die subregel.⁶⁷¹ Geldt deze subregel, dan zijn de andere omstandigheden van het geval niet relevant. Hij noemt als voorbeeld dat een weigering tot langer werken dan ingevolge de wet geoorloofd is, nooit een dringende reden voor ontslag oplevert. In het strafprocesrecht zou men kunnen denken aan de situatie dat de raadsman zijn verweer niet schriftelijk heeft vastgelegd: in die situatie zal nimmer sprake zijn van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt als bedoeld in artikel 359 lid 2 Sv.⁶⁷² Een materieelrechtelijk voorbeeld is dat het beledigen van een godsdienst geen belediging van een groep mensen wegens hun godsdienst oplevert als bedoeld in artikel 137c Sr, ook niet als aanhangers van die godsdienst zich daardoor gekrenkt voelen.⁶⁷³

Als vuistregels ziet Veegens de gevallen waarin toepassing van de maatstaf in een bepaalde feitelijke situatie in beginsel tot een bepaalde uitkomst leidt, maar de mogelijkheid wordt opengelaten dat bijzondere omstandigheden een ander resultaat opleveren. Dat klinkt de strafrechtjurist ook al bekend in de oren: vele overwegingen van de Hoge Raad in strafzaken bevatten immers een dergelijke ‘ontsnappingsclausule’. Te denken valt hier bijvoorbeeld aan de regel dat de verdachte die te laat een rechtsmiddel heeft ingesteld daarin in beginsel niet kan worden ontvangen, maar dat in bijzondere omstandigheden op die regel uitzonderingen gelden.⁶⁷⁴ Een ander voorbeeld is dat van vrijwillige terugtred ingeval van het medeplegen van een poging de ‘omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk’ als bedoeld in artikel 46b Sr – ‘behoudens in bijzondere gevallen’ – alleen in aanmerking komen ten aanzien van hem van wiens wil die

670 De Hoge Raad kan terzake bijvoorbeeld het volgende overwegen: ‘Voor zover het Hof aldus tot uitdrukking heeft gebracht dat in geval van een voltooide poging een beroep op vrijwillige terugtred alleen kan slagen indien de verdachte het intreden van de gevolgen van het delict heeft belet door onmiddellijk in actie te komen nadat hij het gevaar van zijn handelen heeft onderkend, geeft dat oordeel, gelet op hetgeen onder 2.5. is vooropgesteld met betrekking tot de aan het optreden van de verdachte te stellen eisen, blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voor zover het Hof die vereisten niet heeft miskend, is zijn oordeel dat het beroep op vrijwillige terugtred moet worden verworpen, niet zonder meer begrijpelijk.’ Zie HR 3 maart 2009, LJN: BF8844, NJ 2009, 236, par. 2.7.

671 In het Angelsaksische recht spreekt men van ‘hard and fast rules’, in tegenstelling tot ‘open ended rules’. Zie Veegens, Korthals Altes en Groen 2005:229.

672 HR 11 april 2006, NJ 2006, 393 m.nt. Buruma. Overigens is wellicht een relativisering op zijn plaats: mocht het verweer van de raadsman door de griffier zijn vastgelegd en inhoudelijk een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt inhouden, dan is voorstelbaar dat de Hoge Raad met de hand over het hart strijkt.

673 HR 10 maart 2009, LJN: BF0655.

674 Zie bijvoorbeeld HR 21 juni 2005, LJN: AT4371.

omstandigheden daadwerkelijk afhankelijk zijn.⁶⁷⁵ Het meest saillante voorbeeld is echter de regel dat de selectie en waardering van het bewijs geen nadere motivering behoeft, behoudens bijzondere gevallen.⁶⁷⁶

Gezichtspunten ten slotte zijn opsommingen van feiten en omstandigheden die bij de toepassing van een onbepaald begrip een rol spelen en waarmee de rechter bij die toepassing rekening moet houden. Strafrechtelijke voorbeelden daarvan zijn bijvoorbeeld de maatstaf voor de beoordeling van de vraag of sprake is van schuld in de zin van artikel 6 WvW. Daarbij komt het aan op ‘het geheel van gedragingen van de verdachte, de aard en ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval’.⁶⁷⁷ Andere voorbeelden zijn het daderschap van de rechtspersoon (daarvan kan sprake zijn indien zich een of meer van vier door de Hoge Raad opgesomde omstandigheden voordoen⁶⁷⁸) en de aanmerkelijke kans als voorwaarde voor het bestaan van voorwaardelijk opzet (of die kans als aanmerkelijk kan worden beschouwd is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht⁶⁷⁹).

De Hoge Raad houdt de toepassing van de maatstaf wel in de gaten – ook wanneer sprake is van niet meer dan ‘gezichtspunten’ en de feitenrechter dus in beginsel vrij is in de waardering van de omstandigheden van het geval. Wanneer de feitenrechter met de maatstaf ‘aan de haal gaat’ en het onbepaalde begrip op grote schaal een onjuiste inhoud gaat geven, grijpt de cassatierechter in. Een voorbeeld daarvan is de toepassing van het voorwaardelijk opzet.⁶⁸⁰ In een reeks van arresten drong de Hoge Raad de feitenrechter tot een betere motivering van zowel het bewijs van de bewuste aanvaarding van een zekere kans,⁶⁸¹ als dat van de aanmerkelijkheid van die kans.⁶⁸² Achtergrond daarvan was waarschijnlijk dat de Hoge Raad vond dat de afbakening van voorwaardelijk opzet ten opzichte van de bewuste schuld te vaag was geworden. Een ander en meer recent voorbeeld is de ‘voorbetachte raad’. De maatstaf daarvoor luidt sinds jaar en dag dat daarvan sprake is wanneer de verdachte heeft gehandeld na ‘kalm beraad en rustig overleg’. Of dat het geval is geweest mag

675 HR 12 april 2011, LJN: BN431 en NJ 2011, 358 m.nt. Keijzer.

676 Zie bijvoorbeeld HR 2 februari 2010, NJ 2010, 261 m.nt. Reijntjes. In dit geval was overigens van een dergelijke bijzondere omstandigheid sprake.

677 HR 1 juni 2004, LJN: AO5822.

678 HR 21 oktober 2003, LJN: AF7938.

679 HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552, m.nt. YB en AA 2003, 859-866, m.nt. Th.A. de Roos (HIV-I).

680 Zie hierover nader hoofdstuk 10 onder 10.2.1.

681 Zo formuleerde de Hoge Raad in het Porsche-arrest de vuistregel dat een automobilist normaliter niet welbewust de kans op een frontale botsing, waarbij hij het risico loopt zelf om het leven zal komen, zal aanvaarden. Hij constateerde dat uit de bewijsmiddelen bleek dat de bestuurder van de Porsche een aantal malen was uitgeweken om een frontale botsing te voorkomen en oordeelde op grond daarvan dat de bewezenverklaring van voorwaardelijk opzet op doodslag onvoldoende gemotiveerd was.

682 Zie bijvoorbeeld de HIV-arresten, maar ook HR 6 september 2005, NJ 2006, 50 en HR 20 april 2010, NJ 2010, 250, in welke gevallen het hof naar het oordeel van de Hoge Raad ten onrechte had geoordeeld dat de verdachte voorwaardelijk opzet had op doodslag door op respectievelijk een raam en een deur te schieten, terwijl het beoogde slachtoffer zich niet in de ruimte achter dat raam, respectievelijk die deur bevond. Overigens lijkt de Hoge Raad in HR 17 januari 2012, LJN: BU5260 weer van die laatste opvatting te zijn teruggekomen.

de feitenrechter vaststellen na weging en waardering van de omstandigheden van het geval. Op enig moment is bij de toepassing van die maatstaf – met goedkeuring van de Hoge Raad – een belangrijke rol toe gaan komen aan de omstandigheid dat de verdachte tijd had zich op zijn voorgenomen daad te bezinnen – al was het maar heel even. Toen de toepassing van die maatstaf er echter op uit dreigde te draaien dat in het geval de verdachte die tijd had gehad altijd sprake zou zijn van voorbedachte raad, achtte de Hoge Raad de tijd gekomen een waarschuwend geluid te laten horen. Hij overwoog dat

‘anders dan uit wel uit eerdere rechtspraak van de Hoge Raad wordt afgeleid – aan de vaststelling dat de voor voorbedachte raad vereiste gelegenheid heeft bestaan, bepaaldelijk eisen worden gesteld en (...) de rechter, in het bijzonder indien de voorbedachte raad niet rechtstreeks uit de bewijsmiddelen volgt, daaraan in zijn motivering van de bewezenverklaring nadere aandacht (dient-AR) te geven.’⁶⁸³

Hier werd het bestaan van enige tijd voor reflectie in de rechtspraak dus eerst omgetoverd van gezichtspunt naar een soort vuistregel⁶⁸⁴ en door de Hoge Raad weer teruggebracht naar (niet meer dan) een gezichtspunt.⁶⁸⁵

De door Veegens besproken indeling van maatstaven is dus evenzeer hanteerbaar in het strafrecht, waarbij nog moet worden opgemerkt dat de Hoge Raad ten behoeve van de interpretatie van één onbepaald begrip meer maatstaven kan formuleren. Zo is bijvoorbeeld de maatstaf dat van voorwaardelijk opzet sprake is wanneer de verdachte bewust de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg heeft aanvaard, aan te merken als een subregel. De maatstaf voor de aanmerkelijkheid van de kans is zoals net gezegd een gezichtspunt.

Naarmate de interpretatie van de regel meer van de feiten afhankelijk wordt, krijgt de feitenrechter meer vrijheid. Die vrijheid is echter niet onbeperkt.

4.3 Uitleiding

Aldus is beoogd een beeld te geven van hoe de Hoge Raad in zijn jurisprudentie inhoud geeft aan het onderscheid tussen feitelijke- en rechtsbeslissingen. Hij doet dat door een uitdrukkelijk verschil te maken in de toetsing van rechtsbeslissingen enerzijds, en feitelijke beslissingen anderzijds. We zullen in het volgende hoofdstuk bezien of dat onderscheid wel te maken valt en werkbaar is.

⁶⁸³ HR 28 februari 2012, LJN: BR2342.

⁶⁸⁴ Naar de opvatting van het OM, dat tegen de door het hof gegeven vrijspraak in cassatie kwam, was mogelijk zelfs sprake van een harde subregel. Het wees op de bestaande jurisprudentie, waaruit afgeleid kon worden dat het enkele bestaan van tijd voor nadenken voldoende was om tot bewezenverklaring van voorbedachte raad te komen en dat bijv. niet was vereist dat die gelegenheid ook voor werkelijk nadenken was benut, of dat de verdachte geheel of gedeeltelijk toerekeningsvatbaar was.

⁶⁸⁵ Opmerkelijk is dat de Hoge Raad dus eisen stelt aan de vaststelling dat ‘gelegenheid’ heeft bestaan, terwijl die vaststelling toch een in hoge mate feitelijk oordeel is. De Hoge Raad begeeft zich hier nogal expliciet op wat hij zelf als het exclusieve terrein van de feitenrechter beschouwt.

5 De theorie van het onderscheid tussen feit en recht en de houdbaarheid van dit onderscheid bij de rechtsvinding

5.1 Inleiding

5.1.1 *De Hoge Raad is geen 'nieuwe feiten'-rechter*

De Hoge Raad ziet zichzelf niet als feitenrechter. In het vorige hoofdstuk werd hierop al ingegaan. Maar natuurlijk spelen de feiten in cassatie een belangrijke rol. De Hoge Raad toetst immers de beslissingen van de rechter mede aan de hand van de feiten, voorzover hij die uit het dossier kan kennen.

Gezaghebbende juristen benadrukken het belang van de feiten, ook voor de hoogste rechtsprekende instantie. Leijten heeft het belang van de feiten in cassatie eens op hem kenmerkende wijze kernachtig geformuleerd:

‘(aangevoerd kan worden-AR) dat het in cassatie niet meer over vaststelling der feiten gaat maar over toepassing van het recht. En wat recht is, zou nu eenmaal een objectief gegeven zijn. Als ik na vele jaren rechtspraak één ding zeker weet, is het dat dit volslagen onzin is. Het recht staat niet vast en een geringe wijziging in de schikking der feiten – een klemtoon hier, een tikkeltje onderbelichting daar – kan het recht van tóén nù doen wankelen.’⁶⁸⁶

Een ander illustratief citaat is afkomstig van Van Schilfgaarde:

‘De Hoge Raad, zo leren wij de aankomende juristen, houdt zich uitsluitend bezig met het recht, niet met de feiten. Van de legendarische Haagse advocaat Blackstone, die als geen ander in zijn tijd de kneepjes van het cassatievak kende, wordt verteld dat hij zijn medewerkers steeds voorhield: als je naar de Hoge Raad gaat (...) pleit dan feiten, feiten, en nog eens feiten. Ik wil niet beweren dat deze aan Blackstone toegeschreven uitspraak ingegeven was door een fundamentele visie op de totstandkoming van

⁶⁸⁶ Leijten, 1998:916. Leijten beschouwt in dit artikel onder meer de toen nog bestaande onmogelijkheid te reageren op de conclusie van het OM. Ter wille van de inzichtelijkheid citeren wij hier wat aan de in de tekst opgenomen passage voorafgaat: ‘Nu moet ik beginnen met toe te geven dat het mij voor de echte advocaat (...) heel moeilijk te verteren lijkt dat hij niet meer kan antwoorden op stellingen in de conclusie die hem aanvechtbaar lijken, of die de zaak in een geheel nieuw daglicht stellen als dat daglicht voor hem en zijn cliënt tenminste straks duisternis belooft. (...) Hiertegen kan worden aangevoerd, dat het in cassatie niet meer over de vaststelling van feiten gaat, maar over toepassing van het recht.’ (enz.-AR).

rechtsoordelen. Meer waarschijnlijk is dat deze berustte op psychologisch inzicht, praktische ervaring en intuïtie. Intussen wijst ze verrassend duidelijk in de juiste richting. Ieder rechtsoordeel is bemiddeling. En dan bedoel ik niet bemiddeling tussen de Staat en het individu of tussen twee partijen of iets dergelijks, maar bemiddeling tussen feit en recht, tussen de werkelijkheid van het recht.⁶⁸⁷

En ‘last but not least’ een beroemde zeer ervaren ‘hoogste rechter’ zelf, William O’Douglas, die lange tijd deel uitmaakte van het Amerikaanse Supreme Court. Hij stelde in zijn biografie dat de beste advocaten dat Hof voorzagen van zoveel mogelijk informatie over de feiten van hun zaak, om aldus te bepleiten waarom bepaalde precedents wel, of juist niet vergelijkbaar waren. Het slechtste wat een advocaat kon doen was, aldus O’Douglas, het Hof zijn eigen jurisprudentie voorhouden en uitleggen.⁶⁸⁸

Het zou ook vreemd zijn als de Hoge Raad zich niet met feiten zou bezighouden: rechtsvinding, het nemen van een beslissing over de toepassing van een rechtsregel, hangt ook in cassatie immers altijd samen met de beoordeling van een concreet geval.

Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad een eigen positie heeft. Datgene waarin hij zich daadwerkelijk, ook volgens de wettelijke regeling, van de rechters in eerste aanleg en hoger beroep onderscheidt, is dat hij geen nieuw onderzoek naar de feiten mag doen.⁶⁸⁹ Beter dan dat de Hoge Raad geen feitenrechter is, zou daarom gezegd kunnen worden dat hij geen ‘nieuwe feiten’-rechter is.

5.1.2 *Toetsing van (deels) feitelijke oordelen en waardering van feiten door de Hoge Raad*

Het ‘verbod’ op het zelf vaststellen van feiten brengt niet logischerwijs met zich dat de Hoge Raad de door de lagere rechter vastgestelde feiten niet zou mogen waarderen. Toch zegt de Hoge Raad zelf dat niet te doen.⁶⁹⁰

De praktijk is echter anders. W.H.D. Asser zegt hierover dat de Hoge Raad aan het onderscheid tussen feit en recht meer dan eens slechts lippendienst bewijst, doordat hij, als hij dat voor een juiste rechtsbedeling nodig acht, in verregaande mate op de stoel van de feitenrechter gaat zitten.⁶⁹¹ Asser was⁶⁹² lid van de civiele kamer van de Hoge Raad, maar voor de strafkamer geldt hetzelfde. Om te beginnen toetst

⁶⁸⁷ Van Schilfgaarde, 2006:18.

⁶⁸⁸ O’Douglas, 1980:180. Nu is de Supreme Court geen cassatierechter, maar wel bij uitstek een instantie die zich slechts met rechtsvragen wil bezighouden. Zie hierover Loth, 2009:10-11. Hij citeert onder meer een law clerk, die eens zei: ‘The court really doesn’t sit here to decide whether the evidence is sufficient.’

⁶⁸⁹ Zie art. 440 lid 2 Sv.

⁶⁹⁰ In het Verslag van de Hoge Raad van 2005-2006 schrijft de toenmalig President Davids dat voor de vaststelling en waardering van de feiten in cassatie geen plaats is. Zie Hoge Raad der Nederlanden, Verslag 2005 en 2006, p. 32.

⁶⁹¹ Asser, 2008:26-27.

⁶⁹² Tot halverwege 2012.

ook de strafkamer feitelijke beslissingen wel degelijk, zij het marginaal, via de behandeling van motiveringsklachten.⁶⁹³ De Hoge Raad kan bij zijn toetsing kennisnemen van alle stukken in het dossier. Van die mogelijkheid maakt hij zo nodig ook gebruik en niet alleen bij het controleren van de processuele feiten.

Daar komt bij dat de indruk van de Hoge Raad, of de bestreden uitspraak juist is of niet, hierbij een belangrijke rol speelt. De Hoge Raad vernietigt niet graag als hij het bestreden arrest of vonnis juist acht en van oordeel is dat het proces ‘fair’ is geweest. Het omgekeerde geldt waarschijnlijk ook.⁶⁹⁴

Ten slotte – of misschien komt dat op hetzelfde neer – wordt weleens vermoed dat als de Hoge Raad dat echt wil, hij feitelijke beslissingen verdergaand toetst dan slechts marginaal, zoals in het vorige hoofdstuk al aan de orde kwam.⁶⁹⁵

Een belangrijk punt bij dit alles is dat de scheiding tussen feit en recht, of liever: tussen beslissingen over feiten en beslissingen over recht, niet altijd gemakkelijk te maken is. Het tegendeel is het geval. Veegens noemt het onderscheid tussen feitelijke beslissingen en rechtsbeslissingen zelfs het meest wezenlijke probleem van de cassatie.⁶⁹⁶ De kern van de discussie daarover betreft de vraag waar de vaststelling en waardering van feiten overgaat in de interpretatie van rechtsregels. Dit is van zo groot belang, omdat aan het instituut van de cassatie de gedachte ten grondslag ligt dat rechtspraak niets anders is dan de toepassing van rechtsregels op door de rechter vast te stellen feiten,⁶⁹⁷ waarbij de Hoge Raad slechts die toepassing mag toetsen.

Die gedachte is echter achterhaald. Het stokoude adagium ‘Geef mij de feiten en ik zal u de rechtsregel geven’ stelt de actuele rechtspleging te simpel voor, zo stelt de Hoge Raad zelf. Feiten en rechtsregels zijn heel vaak niet zo helder te onderscheiden.⁶⁹⁸ Hammerstein heeft nog niet zo lang geleden zelfs gesteld dat rechtsoordelen de laatste decennia in hoge mate verknoopt zijn geraakt met de feitelijke context en dat het onderscheid tussen recht en feiten in cassatie steeds meer lijkt te gaan knellen. Hij stelt dat de Hoge Raad in de loop van de tijd weliswaar terughoudender is geworden waar het betreft het zelf wegen van de feiten, maar dat hij de feitelijke afweging door de lagere rechter wel steeds scherper toetst. Aldus zou de Hoge Raad dus veeleer de motivering van de waardering van de feiten door de feitenrechter toetsen dan dat hij die feiten zelf waardeert.⁶⁹⁹ Het een lijkt echter soms even lastig van het ander te scheiden als het onderscheid tussen recht en feit zelf.

De theorie achter de toetsing van (deels) feitelijke oordelen en de waardering van de feiten door de Hoge Raad is dus een apart hoofdstuk waard.

693 Zie hiervoor onder 3.3.9. Eisen aan de inhoud van de motivering in de jurisprudentie van de Hoge Raad, en onder 4.2. De behandeling door de Hoge Raad, van rechts-, feitelijke- en gemengde oordelen.

694 Zo melden vele auteurs. Hierop wordt hieronder nader ingegaan.

695 Zie het vorige hoofdstuk, m.n. paragraaf 4.2.3.

696 Veegens, Korthals Altes en Groen 2005:192.

697 Zie ook hiervoor onder 3.3.8. Inhoud van de motivering: feitelijke en rechtsgronden.

698 Verslag van de Hoge Raad 2005-2006, p. 32.

699 Hammerstein, 2006:9. Zie ook verwijzing hiernaar in Memelink, 2009:65.

In het navolgende komt eerst aan bod wat in de strafrechtswetenschap door de jaren heen zoal over het onderscheid tussen feitelijke- en rechtsbeslissing in de cassatie is gezegd. Vervolgens zullen de verschillende opvattingen over de mogelijkheid van het maken van onderscheid tussen het vaststellen van feiten en het daarop toepassen van rechtsregels worden besproken. Het hoofdstuk wordt besloten met de problematische en beleidsmatige kanten van het onderwerp. Daarbij komt aan de orde of het onderscheid in de huidige tijd nog op zijn plaats is en in hoeverre het past bij de moderne rechtsvinding.

5.2 **Bespreking van het onderscheid tussen feitelijke en rechtsbeslissingen in de strafrechtswetenschap door de jaren heen**

5.2.1 *De Bosch Kemper*

De Bosch Kemper besteedde in zijn standaardwerk uit 1840 vrij uitvoerig aandacht aan het theoretische onderscheid tussen feitelijke- en rechtsbeslissingen. Hij zette uiteen dat in de Franse cassatie twee opvattingen lange tijd om voorrang hadden gestreden. De eerste hield in dat de vraag of bepaalde feiten of omstandigheden zich hebben voorgedaan van feitelijke aard is, ook als die feiten en omstandigheden in de toepasselijke regel zijn genoemd, tenzij de materiële kenmerken van die feiten of omstandigheden in de wet zijn bepaald; dan is het een rechtsvraag. De andere opvatting luidde dat het vaststellen van ‘wat heeft plaatsgegrepen’ een feitelijke vraag is, terwijl de vraag of de wet hierop van toepassing is een rechtsvraag is. Zo was in de eerste theorie de vraag of een inbraak ’s nachts had plaatsgevonden (ook toen al een strafverzwarende omstandigheid) een feitelijke vraag, omdat in de wet niet was bepaald wat onder ‘nacht’ verstaan diende te worden. In de tweede theorie was het een rechtsvraag, omdat de vraag moest worden beantwoord of de wettelijke term ‘nacht’ op het tijdstip van de inbraak van toepassing was, waarbij de vaststelling van dat tijdstip de feitelijke vraag was. Het Franse Hof van Cassatie had uiteindelijk voor de tweede opvatting gekozen. De Bosch Kemper had de indruk dat ook de Hoge Raad dat zou doen, al verwachtte hij dat de jurisprudentie daarover wel ‘even wankelend en veranderlijk (zou) blijven’ als de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie was.⁷⁰⁰ Hij vond dat echter geen al te groot probleem, omdat het Nederlandse systeem van strafvordering, anders dan het Franse, is ingericht om feitelijke en rechtsvragen van elkaar te onderscheiden. Bij de bewijsvraag gaat het

⁷⁰⁰ Hij kreeg daarin gelijk, getuige het volgende citaat uit het Algemeen Deel van Asser uit 1974: ‘De Hoge Raad wankelt. Nu eens laat hij de beslissing over dergelijke punten (als: handelt de gedaagde in strijd met de goede zeden? had hij schuld? was er overmacht? -AR) aan de lagere rechter, worden zij ‘feitelijk’ geheten, dan weer trekt hij ze aan zich; in de laatste tijd bestaat een neiging tot het tweede standpunt.’ Zie Asser-Scholten, 1974: par. 2 (Rechtsvinding, rechtsschepping, rechtstoepassing).

immers om feiten, waarbij zowel het openbaar ministerie als de verdachte de mogelijkheid heeft de rechter te laten beslissen over het al dan niet bewezen zijn van een omstandigheid die ze als van belang beschouwen.⁷⁰¹ Zodoende komt dan een nauwkeurige beschrijving van het materiële feit tot stand, waardoor duidelijk is waarop vervolgens het recht moet worden toegepast.

5.2.2 *Blok en Besier*

Blok en Besier signaleerden (85 jaar later) dat de afbakening van bevoegdheden tussen Hoge Raad en feitenrechter aan verandering onderhevig was. Zij wezen erop dat de uitleg van feiten weliswaar aan de feitenrechter is, maar dat de Hoge Raad ‘de laatste jaren’ wat de uitleg van de tenlastelegging betreft een voorbehoud pleegt te maken, te weten dat die niet onverenigbaar mag zijn met de tekst daarvan. Als de Hoge Raad in die tijd vond dat van een dergelijke onverenigbaarheid sprake was, aarzelde hij ook niet zijn eigen uitleg daarvoor in de plaats te stellen. De auteurs konden zich hierin vinden:

‘Want al moge uitlegging van feiten een vaststelling in ruimeren zin daarvan zijn en die taak in het algemeen den lageren rechter toekomen, uitlegging is toch nog meer dan vaststelling: zij houdt tevens een waardeeringsoordeel in. Tot zoodanig oordeel nu is ook de H.R. zelf zeer goed in staat en indien dat van den lageren rechter kant noch wal raakt, kan van den H.R. niet worden verlangd dat hij zich daarbij zal neerleggen.’⁷⁰²

Zij meenden dat ditzelfde ook voor andere processuele feiten zou moeten opgaan, zoals bijvoorbeeld de interpretatie door de feitenrechter van een getuigenverklaring.⁷⁰³ Voor de bewezenverklaring gold naar hun opvatting dat deze weliswaar geheel op het terrein van de feitenrechter valt, maar dat de Hoge Raad door toetsing van de motiveringseisen soms toch zeer dicht bij toetsing van de bewezenverklaring zelf komt, bijvoorbeeld als de vraag is of het bewezenverklaarde wel uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid. Zij zeiden hierover het volgende:

‘De grens tusschen het gebied van den rechter over de feiten en dat van den H.R. is dan niet gemakkelijk te trekken; naar onze meening moet daarbij den doorslag geven, of uit het gebezigde bewijsmateriaal blijkt, dat de lagere rechter eenig bestanddeel van het te laste gelegde geheel heeft veronachtzaamd of daaraan een betekenis heeft gegeven, die met den juisten zin der toegepaste strafbepaling niet strookt.’⁷⁰⁴

Het lijkt erop dat Blok en Besier hier, net als De Bosch Kemper, doelden op de problematiek van interpretatie van delictsbestanddelen, die wij tegenwoordig kennen als ‘dakdekkers-kwesties’. Zij beschouwden de interpretatie van delictsbestanddelen

701 De Bosch Kemper, 1840:336-343.

702 Blok en Besier, 1925:407. In wezen bepleiten zij hier de toetsing op begrijpelijkheid die de Hoge Raad tegenwoordig uitvoert.

703 Blok en Besier, 1925:408.

704 Blok en Besier, 1925:409.

kennelijk ook als een rechtsvraag. Over wat precies een rechtsvraag -, en wat een feitelijke vraag is lieten zij zich echter niet uit.

5.2.3 *Van Bemmelen*

Van Bemmelen noemde dat onderscheid in 1938 wel, maar vond het maar kunstmatig en onhelder.⁷⁰⁵ ‘Het is al weder merkwaardig om te zien hoe verschillend er gedacht kan worden over de moeilijkheid om recht en feit te onderscheiden.’⁷⁰⁶ Hij constateerde dat het soms kan afhangen van de redactie van een vonnis of een vraag feitelijk is of niet en noemde als voorbeeld daarvan de vraag of sprake is van ‘schuld’ in de zin van artikel 307 Sr. Hij citeerde Taverne, die in een annotatie bij een arrest van de Hoge Raad⁷⁰⁷ had gesteld dat een cassatieklacht over de bewezenverklaring van het begrip ‘schuld’ weliswaar een zuiver-juridisch middel is, maar dat de Hoge Raad toch op feitelijk terrein terecht komt als de feitenrechter heeft nagelaten uit te leggen waaruit die schuld precies heeft bestaan:

‘De cassatierechter beweegt zich dan voor een goed doel (wellicht werd hier bedoeld: “voor een goed deel” -AR) op feitelijk terrein, maar de vraag, of de schuld, welke, blijkens de qualificatie, door den rechter aanwezig geacht wordt, behoorlijk is gemotiveerd, is juridisch. Wel zou de cassatierechter kunnen volstaan met eene opsomming van de bewijsmiddelen en de overweging, dat de rechter daaruit de schuld heeft kunnen afleiden, maar dan zou de veroordeelde in geen enkele instantie te hooren krijgen, waarin nu eigenlijk zijn fout lag. Zoo is de H.R. er toe gekomen om dan maar zelf die fout aan te wijzen. Waarmede dan een nieuwe behandeling wordt vermeden...’⁷⁰⁸

Taverne vervolgde met de constatering dat aldus regelmatig een verschuiving van de eigenlijke motivering naar de cassatie plaatsvindt. Dat vond hij niet bevredigend, maar hij wees erop dat de Hoge Raad niet graag vernietigt wanneer de zaak gezond en materieel in orde is.⁷⁰⁹ Van Bemmelen deed hier nog een schepje bovenop door toe te voegen dat de Hoge Raad, als hij de zaak niet gezond en materieel in orde vindt, de uitspraak vernietigt omdat de bewezenverklaring niet voldoende gemotiveerd is – in zijn ogen kennelijk ook een feitelijke oordeel. Hij concludeerde in ieder geval dat de Hoge Raad zich ook in dat geval wel degelijk met de feiten

705 Zie hierover ook hoofdstuk 1 onder 1.4.1. Discussie over afschaffing of handhaving van de cassatie.

706 Van Bemmelen, 1938:33. Hij concludeert dit naar aanleiding van de vergaderingen van de NJV in 1870 en 1909, waarin dit onderwerp tot felle discussies leidde.

707 In een annotatie bij HR 28 juni 1937, NJ 1938, 224.

708 Een mooi en vroeg voorbeeld waaruit blijkt dat de Hoge Raad voor wat betreft de motivering van zijn eigen arresten inhoud geeft aan de explicatiefunctie van de motivering. Zie hierover ook hiervoor hoofdstuk 3, onder 3.3.5 en 3.3.6.

709 Wij merken overigens op dat, anders dan Van Bemmelen lijkt te suggereren, de schuldvraag daarmee nog geen feitelijke vraag is geworden.

bemoeit en stelde voor de theorie dan maar aan de praktijk aan te passen.⁷¹⁰ Hij herhaalde dit in zijn handboek uit 1957:

‘De strafrechter moet voor alles naar het vinden van de werkelijkheid streven en moet de waarheid durven zeggen. Welnu, indien de leden van ons hoogste rechtscollege zich met de vraag naar de werkelijke feiten nooit q.q. bezighouden, moet zulks afbreuk doen aan hun werkelijkheidszin.’⁷¹¹

Van Bemmelen liet zich hierbij geen moment uit over de theoretische vraag naar de mogelijk- of onmogelijkheid van het onderscheid tussen feitelijke en rechtbeslissingen. Hij vond het maken van dat onderscheid gewoon onzin en was (mede) daarom voorstander van omvorming van de strafrechtelijke cassatie naar een vorm van appèlrechtspraak. Die opvatting bleef echter een uitzondering.

5.2.4 *Melai*

Melai zei in zijn dissertatie in 1968 – sprekend over de toenmalige onaantastbaarheid in cassatie van zuivere vrijspraken – dat in het bestaande stelsel van cassatie ‘geen waarderingsoordelen over het bijzondere of onherhaalbare op hun deugdelijkheid kunnen worden onderzocht, maar uitsluitend oordelen waarvan de in cassatie te behoeden of te vormen algemeenheid in geding is.’⁷¹² Hij beschreef de status quo van dat moment (die ook nu nog geldt): de Hoge Raad dient uit te gaan van de door de lagere rechter aangenomen feitelijkeheden en uitsluitend te treden in de vraag of die de conclusie van de feitenrechter (omtrent de bewezenverklaring) kunnen rechtvaardigen. Of de feitenrechter die conclusie ook terecht heeft getrokken is in cassatie niet aan de orde, want – aldus Melai, enigszins verrassend – wat de enig juiste conclusie is, is immers volgens de wetten van de logica toch niet te zeggen. Voor de juistheid van die uitspraak bestaat dus geen absolute maatstaf. Dat een vrijspraak niet toetsbaar zou zijn vanwege het “beweerde feitelijk karakter” van een dergelijke beslissing was in zijn ogen echter onjuist. Hij wees erop dat de Hoge Raad in 1955⁷¹³ had geoordeeld dat het verbod op cassatie van vrijspraken buiten beschouwing werd gelaten in geval van grondslagverlating, waarvan onder meer sprake was wanneer de rechter was uitgegaan van een onjuiste opvatting over een in de tenlastelegging gebezigd begrip dat ontleend is aan een wettelijke term. De toetsing van een dergelijk begrip aan de betreffende wettelijke term heeft, zo vond Melai net als de Franse cassatierechter ruim een eeuw eerder, het karakter van de interpretatie van een rechtsbegrip en is aldus een rechtsoordeel. Zijn conclusie luidde dan ook dat zowel de vaststelling van de inhoud van de tenlastelegging als het bewijsoordeel zelf mede berusten op de bepaling van de betekenis van rechtsbegrippen en bijgevolg op rechtsoordelen. Dit is in meer of mindere mate het geval, afhankelijk van de aard van deze rechtsbegrippen: die kunnen verschillen in

⁷¹⁰ Van Bemmelen, 1938:33-36.

⁷¹¹ Van Bemmelen, 1957:XV.

⁷¹² Melai, 1968:97.

⁷¹³ HR 5 april 1955, NJ 1955, 345.

objectivering, specificatie of nadere omlijning in de wet of de rechtspraak, maar ook in de normatieve waarde die erin tot uitdrukking komt (zoals bijvoorbeeld in het begrip ‘aanstotelijk voor de eerbaarheid’). Over wat dit betekende voor de beoordeling in cassatie liet hij zich niet uit, maar vermoed mag worden dat, waar hij spreekt van rechtsoordelen, hij zou hebben gemeend dat deze in cassatie toetsbaar zijn.⁷¹⁴

5.2.5 *Bins*

Justine Bins besteedde in 1980 aandacht aan het probleem van het onderscheid tussen feitelijke- en rechtsbeslissingen. Zij stelde dat het proces van rechtsvinding door het naar elkaar toebuigen van feiten en recht in cassatie wel moeilijkheden móet geven, omdat in de uitspraak nergens expliciet staat vermeld hoe de rechter in een bepaald geval de regel heeft uitgelegd. Scheiding van regel en feiten bij voorbaat kan alleen als in de bestreden uitspraak de feiten voldoende op de regel toegesneden vaststaan en de feitenvaststelling niet zozeer op de regel is toegesneden dat daarin al de interpretatie van de regel is ingeslopen.⁷¹⁵ Daarbij stelde zij de retorische vraag of een neutrale vaststelling van feiten wel mogelijk is – welke vraag negatief pleegt te worden beantwoord.⁷¹⁶

De huidige generatie toonaangevende strafrechtelijke auteurs behandelt de theorie achter het onderscheid tussen feitelijke en rechtsbeslissingen in relatie tot de cassatie niet of nauwelijks.

5.2.6 *De Hullu*

In zijn dissertatie over rechtsmiddelen in strafzaken uit 1989 stelde De Hullu het onderscheid tussen feitelijke en rechtsbeslissingen als zodanig slechts terzijde aan de orde.⁷¹⁷ Hij wees erop dat in de meer civielrechtelijk getinte literatuur in dit kader doorgaans wordt gesproken over ‘gemengde beslissingen’.⁷¹⁸ Verwijzend naar Wiarda omschreef hij deze als beslissingen waarvoor ‘geen andere maatstaven ter beschikking staan dan vage normen, zoals die in de moderne legislatieve praktijk steeds vaker worden gehanteerd’. De motivering van dergelijke beslissingen bestaat vaak uit een vervlechting van feitelijke en juridische overwegingen. De Hullu vermoedde dat de meeste én de belangrijkste beslissingen in het strafrecht als gemengde beslissingen kunnen worden getypeerd, waarbij de feitelijke component

⁷¹⁴ Melai, 1968:97-101.

⁷¹⁵ Bins, 1980:267.

⁷¹⁶ Zie over deze vraag uitvoeriger onder 5.3.

⁷¹⁷ De Hullu, 1989:243-245. Uitvoeriger ging hij in op het beleidsmatige aspect daarvan, dat hieronder nader besproken zal worden.

⁷¹⁸ Het begrip ‘gemengde beslissing’ werd besproken in hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.4.

bijzonder belangrijk is.⁷¹⁹ Als voorbeeld noemde hij de jurisprudentie over de redelijke termijn. Bij zijn oordeel of de behandeling van een strafzaak heeft plaatsgevonden binnen een redelijke termijn moet de rechter alle daartoe in aanmerking komende omstandigheden betrekken. De Hullu stelde dat een dergelijk oordeel in cassatie slechts in beperkte mate kan worden getoetst, aangezien het mede afhankelijk is van de waardering van de vorenbedoelde feitelijke omstandigheden. Die waardering achtte hij – kennelijk – dus niet toetsbaar.

5.2.7 *Stamhuis (Onderzoeksproject Strafvordering 2001)*

In het kader van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 deed Stamhuis onderzoek naar het instituut van de cassatie en vanzelfsprekend kwam ook hier de scheiding tussen feitelijke- en rechtsbeslissingen aan de orde. Stamhuis stelde dat de scheidslijn tussen norm en feit in de cassatierechtspraak steeds verder vervaagt. Als oorzaak hiervoor wees hij op de toegenomen flexibiliteit en vaagheid van met name procesrechtelijke normen en op het feit dat het EHRM die scheidslijn niet kent en dus ook niet toepast. Dat betekent dat de Hoge Raad bijna gedwongen wordt dat bij de beoordeling van normen uit het EVRM ook niet te doen. Stamhuis wees er verder op dat ook bij de toetsing van materieelrechtelijke oordelen de scheiding vervaagt – kennelijk zonder dat daarvoor een duidelijke reden is aan te geven.⁷²⁰ Stamhuis wees deze vervaging niet af; hij zag dit als een logisch gevolg van de net genoemde ontwikkelingen. Groenhuijsen en Knigge spraken in hun afrondende beschouwingen bij het project van een (ineen)schuiven van de grenzen tussen feitelijke oordelen en rechtsoordelen en constateerden dat ‘de tussenkomst van de Hoge Raad een gemengd karakter aanneemt’.⁷²¹

5.2.8 *Rozemond*

Rozemond heeft zich over het onderscheid tussen feit en recht in cassatie niet expliciet uitgelaten, maar hij besprak in 2008 wel de rechtsvindingstheorie van Scholten.⁷²² Hij leidde daaruit af dat de selectie en waardering van de feiten een

719 Hij citeerde uit HR 6 mei 1986, NJ 1987, 26: ‘Het oordeel uit welke handeling vanwege de Staat jegens de verdachte deze heeft opgemaakt en in redelijkheid heeft kunnen opmaken dat het OM het ernstige voornemen heeft tegen hem een strafvervolgning in te stellen, is afhankelijk van feiten en omstandigheden, waarvan de waardering in belangrijke mate is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt (...)’ De Hullu, 1989:245.

720 Ter adstructie van deze stelling noemde hij onder meer de volgende arresten: HR 9 oktober 2001, NJ 2002, 76, waarin de Hoge Raad zelfstandig beoordeelde of een uitlating in een roman als discriminerend moest worden betiteld en HR 25 februari 2003, NJ 2003, 605, waarin de Hoge Raad de verwerping van een beroep op noodweer behandelde alsof het een rechtsoordeel was, door te overwegen dat het hof het beroep terecht had verworpen, diens overwegingen terzijde te stellen en te vervangen door zijn eigen feitelijke overwegingen (ontleend aan de door het hof gebezigde bewijsmiddelen).

721 Groenhuijsen en Knigge, 2004:158.

722 Zie over de rechtsvindingstheorie van Scholten ook hoofdstuk 2, onder 2.2.2, Een nieuwe eeuw: rechtsvorming en een vrijere rechtsvinding. Deze theorie werd daar als volgt samengevat: ‘Wat in een concreet geval recht was hing in Scholten’s visie derhalve niet alleen af van de regels, maar

zelfstandige rechtsvindingsoperatie is, waarbij de rechter een onmisbaar element toevoegt aan de betekenis van de wetsbepaling.⁷²³ Daaruit zou geconcludeerd kunnen worden dat hij deze selectie en waardering als een rechtsoordeel en dus als toetsbaar in cassatie beschouwt, maar daarover ging zijn artikel niet en hij sprak zich daar (helaas) dan ook niet over uit.⁷²⁴

5.2.9 *Van Manen*

Van Manen⁷²⁵ constateerde aan de hand van het Electriciteitsarrest⁷²⁶ dat de Hoge Raad zo nodig een feitbegrip⁷²⁷ probleemloos tot een rechtsvraag transformeert en weer terug.⁷²⁸ Hij vermoedt dat de meeste ‘feitbegrippen’ waarvan men zich in het recht bedient uiteindelijk normatieve kwalificaties zijn, maar dat men dat niet beseft omdat die begrippen geheel zijn ingeburgerd.

5.2.10 *Corstens en Van Dorst*

In de hedendaagse strafrechtelijke handboeken en naslagwerken wordt in het algemeen, wanneer de cassatie wordt besproken, volstaan met de constatering dat de Hoge Raad gebonden is aan de feiten zoals die door de lagere rechter zijn vastgesteld, maar deze dankzij motiveringsverplichtingen wel vrij vergaand kan toetsen.⁷²⁹ Corstens stelt dat, omdat de cassatiegronden beperkt zijn, de Hoge Raad “in de lijn daarvan en van de hem toebedeelde functies” de lagere rechter grote vrijheid pleegt te laten en zich niet met de feiten bezighoudt.⁷³⁰ Hij stelt ook dat de verwezenlijking van de doeleinden van de Hoge Raad, de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid, in gevaar zou komen bij het optreden door de Hoge Raad als derde feitelijke instantie, ‘nog afgezien van de vraag waarom de feiten nog eens ten derden

ook van beslissingen van de rechter, die aan de hand van de feiten en de regels het recht moest “vinden”.’

723 Rozemond, 2008:16.

724 Uit zijn dissertatie kan worden afgeleid dat hij voorstander is van toetsing door de Hoge Raad op dezelfde wijze als het EHRM dat doet, in ieder geval aan de hand van dezelfde uitgangspunten als die, welke dat Hof hanteert. Zie Rozemond, 1998:412. Dat zou betekenen dat het onderscheid tussen feit en recht wegvalt. De vaste jurisprudentie met betrekking tot de selectie en waardering van feiten in het strafrecht is overigens dat dit, in ieder geval waar het gaat om het bewijs, is voorbehouden aan de feitenrechter.

725 Van Manen was tot 2009 universitair hoofddocent algemene rechtsleer aan de Universiteit van Amsterdam en is thans raadsheer in het Gerechtshof Amsterdam.

726 HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564.

727 In het betreffende geval het begrip ‘enig goed’.

728 Van Manen, 2010:227-228.

729 Zie Van Dorst, 2009:155, 157 en 160; Corstens, 2011:743; Tjong, 2007:aant. 8 op art. 440; De Hullu, 2009:45-53; Stamhuis, 2004:477 en 479.

730 Corstens, 2011:812.

male zouden moeten worden vastgesteld.⁷³¹ Van Dorst voegt daaraan toe dat onder de vaststelling van feiten ook de uitleg daarvan wordt begrepen, zoals bijvoorbeeld de interpretatie van een verklaring of een geschrift.⁷³²

Verdergaand dan dat wordt het onderwerp in theoretische zin niet aan de orde gesteld. Wel constateren verschillende auteurs dat de scheiding tussen het domein van de feiten en het domein van het recht in Nederland niet erg strikt is. Hierop wordt later teruggekomen.

5.3 Het onderscheid tussen feit en recht als dogmatisch thema dan wel als instrument ter afbakening van taken

Wat opvalt is de verscheidenheid aan invalshoeken die de auteurs kiezen bij de bespreking van dit onderwerp. Ongetwijfeld hangt dat samen met hun specifieke aandachtsgebieden en de actualiteit van de tijd waarin- en de reden waarom zij schreven en schrijven. De Bosch Kemper bekeek het onderscheid tussen feitelijke- en rechtsbeslissingen dogmatisch en verklaarde de lijn van de Franse cassatierechter, waarvan hij dacht dat de Hoge Raad die zou volgen. Blok en Besier bezagen het vanuit de problematiek van de taakafbakening tussen de Hoge Raad en de feitenrechter en signaleerden met instemming een toenemende bemoeienis van de Hoge Raad met wat eerder als feitelijk was beschouwd. Van Bemmelen keek heel praktisch: hij zag een gekunstelde cassatierechtspraak en vond dat onwenselijk. Melai beschouwde het strafrecht daarentegen weer vanuit dogmatisch oogpunt. Hij stelde dat zowel de vaststelling van de inhoud van de tenlastelegging als het bewijsoordeel in meer of mindere mate een rechtsoordeel is, afhankelijk van de aard van de rechtsbegrippen die daarin een rol spelen. Bins zei eigenlijk hetzelfde. De Hullu ging weer uit van de taakverdeling en problematiseerde het onderscheid als zodanig niet. Hij wees op de beperkingen die dat meebrengt, maar legde zich daarbij neer. De auteurs van Strafvordering 2001 keken niet alleen naar de Hoge Raad in de nationale, maar ook in de internationale context. Zij constateerden een vager worden van het onderscheid, waar zij zich wel in schenen te kunnen vinden. Het theoretische- en dogmatische onderscheid lieten zij voor wat het was. Rozemond ging weer wel uit van een theoretische benadering en leek de opvatting te zijn toegedaan dat de selectie en waardering van de feiten een rechtsoordeel inhoudt.

Kortom: het probleem van het onderscheid tussen feitelijk en rechtsoordeel kan benaderd worden vanuit theoretisch/dogmatisch perspectief, maar ook pragmatisch. In de pragmatische benadering speelt de taakafbakening tussen de Hoge Raad en de feitenrechters een rol, maar ook de plaats van de Hoge Raad in de internationale rechtsorde. Dit verschil in benadering werkt door in vraagstukken van beleid en rechtspolitiek, mede omdat het onderscheid tussen feit en recht niet los te denken is van de rechtsvinding, of, met andere woorden: van de interpretatie van het recht.

Hierna komen beide kanten van die medaille aan de orde, waarbij wordt begonnen met de theoretische kant.

⁷³¹ Corstens, 2011:807.

⁷³² Van Dorst, 2009:157.

5.4 De theoretische benadering: het onderscheid tussen norm en feit in de rechtsvinding

5.4.1 Een kort overzicht van het hermeneutische debat

Over het onderscheid tussen norm en feit en met name over de vraag hoe deze bij de rechtsvinding op elkaar inwerken, is enorm veel geschreven. Een uitvoerige behandeling van dit hermeneutische debat voert hier (veel) te ver, maar wel dient hetgeen hierna gezegd wordt over het onderscheid tussen feitelijke en rechtsbeslissingen en de doorwerking daarvan in de cassatie, gelezen te worden tegen deze achtergrond. Vandaar toch een korte uiteenzetting. Zoals in hoofdstuk 2 van dit boek al werd besproken,⁷³³ groeide in Nederland door en na Paul Scholten het inzicht dat rechtsvinding meer is dan de simpele toepassing van een rechtsregel (een norm) op de feiten. ‘In de feiten zelf ligt het recht’ en dus moest het recht gevonden, of zelfs gevormd worden in de zoektocht van de rechter aan de hand van feiten en regels. Melai stelde in 1968 dat een wettelijk voorschrift – als oriëntatiemiddel voor de individuen en als maatstaf voor de bepaling van een rechtsoordeel door de rechter – zich niet bij voorbaat in abstracto in volstrekte klaarheid kan doen gelden, maar daarentegen voor de nadere vaststelling van zijn inhoud afhankelijk van een onbepaalbare verscheidenheid van concrete gevallen.⁷³⁴

Vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw ging grote invloed uit van de theorie van J. Esser, neergelegd in het werk *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*.⁷³⁵ Esser stelde dat er altijd een voor-waardering is van conflict en norm, waarbij men ervan uit gaat dat het geval behoefte heeft om geregeld te worden. Men grijpt aldus vooruit op het regelingsdoel van de norm, men begrijpt deze in een bepaalde richting en tracht aan de hand van de dogmatiek en redelijk denken tot een juist oordeel te komen. Deze benadering werd zo niet gemeengoed, dan toch de heersende stroming in de Nederlandse juridische wereld. Zo werd bijvoorbeeld Schoordijk door Esser’s werk geïnspireerd, wat leidde tot zijn opvatting dat bij de rechterlijke werkzaamheid meer de feiten, de context

⁷³³ Zie onder 2.2.2. Een nieuwe eeuw, rechtsvorming en een vrijere rechtsvinding.

⁷³⁴ Zie Melai, 1968:XIII. Zie ook Melai, 1987, waarin hij het als volgt formuleert: ‘Strafrechtelijk onderzoek veronderstelt weliswaar kritische belangstelling voor ervaringsfeiten, maar de *betekeniseenheid* waarop die feiten worden onderzocht berust op een selectief resp. interpretatief gebruik van gegeven rechtsregels. Bij deze operatie zijn de rechtsregels en de begrippen waarop die zijn gebouwd zelf in geding, voor zover in iedere identificatie van ervaringsfeiten met een rechtsregel een nadere bepaling van de inhoud of draagwijdte van die regel ligt opgesloten. Vanuit dat gezichtspunt zijn norm en feit naar inhoud en betekenis niet buiten elkaars invloed te bepalen (...).’

⁷³⁵ Frankfurt am Main, 1970. Zie hierover nader Vranken, 1978. Zie ook Wieland, 1982.

waarbinnen deze zich afspelen en de belangen die daarmee gemoeid zijn centraal staan, dan de norm. Het te bereiken resultaat, de beslissing die als goed wordt ervaren, bepaalt in zijn visie de inhoud van de norm.⁷³⁶

Nieboer stelde met betrekking tot feiten in relatie tot het strafrecht, bijna omgekeerd, dat ‘feiten’ die aspecten van de realiteit zijn, die zich in principe lenen voor een toetsing aan strafrechtelijke normen en dat aldus de norm de feiten creëert.⁷³⁷

In de ontwikkeling van het denken over rechtsvinding zijn dus – met uitzondering wellicht van de theorie van Nieboer – de feiten steeds verder voorop komen te staan.⁷³⁸ De rechter gebruikt (uiteraard) alleen die feiten die voor de uitkomst van zijn zoektocht van belang kunnen zijn en selecteert deze uit al hetgeen hem over het te beoordelen geval ter kennis komt.

Carel Smith stelt met recht dat die selectie met het oog op de toepassing van het recht in methodologisch opzicht een cirkelgang is: de selectie van feiten vindt plaats onder invloed van een rechtsregel, de selectie van de rechtsregel vindt plaats onder invloed van de feiten en door wat wordt genoemd, het geheel van gissingen, aannames en anticipaties waarmee wij de wereld tegemoet treden. In het geval van juristen is dat de kennis en ervaring waardoor zij weten welke feiten rechtens relevant zijn en welke niet.⁷³⁹

Het lijkt ook in het strafrecht communis opinio te zijn dat norminterpretatie en feitenvaststellingen op elkaar inwerken en dat het de taak van de rechter is deze in het concrete geval te laten plaatsvinden.⁷⁴⁰

5.4.2 *Praktisch voorbeeld van het op elkaar inwerken van feit en recht*

Asser maakt deze problematiek, die hij de ‘bewerking van feiten en normen noemt’ voor wat de feiten betreft inzichtelijk met het voorbeeld van de beoordeling van de snelheid van een auto. Hij wijst erop dat de beleving dat een auto ‘hard’ rijdt, niet alleen te maken heeft met de directe waarneming van het rijden van die auto, maar ook met de indruk op grond van een impliciete of expliciete waardering aan de hand van ons ingebouwde normenpatroon.⁷⁴¹

736 Schoordijk, 1972:9. Schoordijk vervolgt door te zeggen dat de norm nooit dwingend de uitkomst mag bepalen en dat het puur deductief denken waarin dat wel gebeurt een product van denkluheid is. Wat ‘een goede beslissing’ is, welk onderwerp hij eveneens behandelt, is overigens ook weer een lezenswaardig hoofdstuk apart (zie p. 30 e.v.). Dat onderwerp valt echter te ver buiten hetgeen hier aan de orde is.

737 Nieboer, 1991:59. Zie ook de kritiek op deze zienswijze van Nijboer, 1992:97-113.

738 Zie Klanderman, Mulder en Van der Velden, 1981:64 en Schoordijk, 1981:3.

739 Smith, 2007:84-85. Smith citeert ook de Duitse rechtsfilosoof K. Engisch, die dit proces als volgt heeft beschreven: ‘(F)ür den Obersatz ist wesentlich was auf den konkreten Fall Bezug hat, am konkreten Fall ist wesentlich, was auf den Obersatz Bezug hat. Sieht man näher zu, so handelt es sich um ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt.’ Het doorbreken van dit ‘Hin und Herwandern des Blickes’ geschiedt door wat Esser ‘Vorverständnis’ noemt.

740 Zie bijvoorbeeld Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 6 op art. 1 Sr (suppl. 1-11-2006).

741 Asser, 2008:16.

Dit voorbeeld is bijzonder geschikt om de problematiek van het onderscheid tussen feit en rechtstoepassing in het strafrecht verder te verduidelijken.

Verwevingen van waarnemingen en indrukken zoals door Asser genoemd, doen zich regelmatig voor in strafzaken op de voet van artikel 6 Wegenverkeerswet. In dergelijke zaken moet de rechter vaststellen of het rijgedrag van de verdachte verwijtbaar was, in de zin van ‘roekeloos’, of ‘aanmerkelijk onvoorzichtig’. Of de verdachte ‘te hard’ reed speelt bij een dergelijk oordeel zeker een rol. Soms kan objectief worden vastgesteld welke snelheid de auto had; bijvoorbeeld als die snelheid door achtervolgende politiemensen is gemeten, of als die aan de hand van rem- en andere ongevalssporen kan worden gereconstrueerd. In dat geval moet de rechter desalniettemin de vertaalslag maken naar de norm: was de snelheid in dit concrete geval te hard? Bij de vorming van een oordeel daarover zal de rechter de omstandigheden van het geval betrekken: wat was de maximumsnelheid? Hoe waren de weersomstandigheden? Hoe overzichtelijk was de weg? Sommige van deze omstandigheden zijn eveneens objectief vast te stellen. Hoe hoog de maximumsnelheid was is bijvoorbeeld een waarderingsvrij gegeven. Voor de vraag hoe het weer was geldt dat al in mindere mate. Of het bijvoorbeeld het zicht ‘slecht’ of ‘goed’ was is evenzeer een waardering als het antwoord op de vraag of een auto ‘hard’ rijdt. Nog subjectiever wordt het oordeel als de snelheid van verdachtes auto niet gemeten of herleidbaar is; in dat geval kan de rechter gebruik maken van verklaringen van getuigen. In dit soort zaken komt het vaak voor dat getuigen verklaren te hebben gezien dat de auto ‘hard’ reed – een subjectief- en een waardeoordeel. Het mag duidelijk zijn dat in dat laatste geval feit en norm nog meer op elkaar zullen inwerken dan in het eerste.

Het spiegelbeeld hiervan is dat de vraag of de norm van toepassing wordt geacht door de feiten wordt beïnvloed. Zo zal de beslissing dat sprake is geweest van gevaarzettend rijden mede worden beïnvloed door het gegeven dat een ongeluk is gebeurd. De veroorzaker daarvan heeft immers evident inbreuk gemaakt op de veiligheid van het verkeer. Het is nog maar de vraag of dat ook bewezen geacht zal worden als er geen ongeval is geweest, terwijl de wijze van rijden in beide gevallen identiek kan zijn.⁷⁴²

⁷⁴² Zie bijv. de AG Machielse in zijn conclusie bij HR 3 juli 2001, LJN: ZD2905: ‘Immers, verzoeker heeft door het veroorzaken van het ongeval – evident – een inbreuk gemaakt op de veiligheid van het verkeer. Anders gezegd: een – evidente – gevaarzetting van de zijde van verzoeker als de onderhavige sluit uit dat hij de veiligheid van het verkeer “zoveel mogelijk” heeft gewaarborgd.’ Deze zaak had betrekking op de chauffeur van een voorrangsvoertuig, in dit geval een politieauto. Dergelijke bestuurders hoeven zich niet te houden aan de regels van het RVV en de belangen van derden vergen dat zij zich met zo groot mogelijke spoed door het verkeer bewegen. Dat maakt hen kwetsbaar: zolang het ‘goed’ gaat hebben zij niets te vrezen, maar zodra zij bij een ongeval betrokken raken resulteert dat regelmatig in een veroordeling terzake art. 5 of 6 WVV, omdat zij erop bedacht dienen te zijn dat andere verkeersdeelnemers hen geen voorrang zullen verlenen, hoewel deze daartoe wel verplicht zijn. Die kwetsbaarheid was nog groter voordat door hun werkgevers terzake regels werden opgesteld, waarin onder meer maximumsnelheden in diverse situaties zijn opgenomen. Aldus beïnvloedt hier het feit, te weten het ongeval, de toepasselijkheid van de norm (in casu: ‘schuld’ resp. ‘gevaar veroorzaken’) in belangrijke mate.

Tot zover de dogmatiek met betrekking tot de wisselwerking tussen norm en feit (en de praktische uitwerking daarvan). De betekenis van het onderscheid tussen beide – een materieelrechtelijk vraagstuk – voor het – processuele – onderscheid tussen feitelijke- en rechtsbeslissingen is evident. Als norm en feit, of liever gezegd: de vaststelling daarvan, elkaar zozeer beïnvloeden, is het antwoord op de vraag wat een feitelijke-, en wat een rechtsbeslissing is immers ook problematisch – en de cassatie als zodanig al evenzeer.

5.5 Doelmatigheid: het onderscheid tussen feitelijke en rechtsbeslissingen als basis voor de taakverdeling tussen de Hoge Raad en de feitenrechter

Vastgesteld kan worden dat het (vrijwel) niet toetsen van feitelijke beslissingen niet berust op een wettelijk verbod of een dogmatische vanzelfsprekendheid, maar berust op een keuze van de Hoge Raad: het is een kwestie van ‘autodétermination de compétence’. De Hoge Raad heeft wel de bevoegdheid alle beslissingen van de feitenrechter te toetsen, maar hij wil dat niet.⁷⁴³

Dat de Hoge Raad van zijn bevoegdheden niet ten volle gebruik maakt, wordt veelal gezien als een kwestie van doelmatigheid. Zo meende Donner dat de cassatierechtspraak zijn doel voorbij zou schieten als men de cassatierechter in concrete rechtstoepassingen zou betrekken. Het belang van de rechtseenheid zou niet meebrengen dat wordt verzekerd dat de waardering van de feitelijke omstandigheden van het geval aan een wettelijk begrip (de kwalificatie) steeds feilloos verloopt.⁷⁴⁴ Bronkhorst stelde in zijn beroemde oratie ‘De derde rechtsingang’ uit 1975 zonder omwegen dat het onderscheid tussen feit en recht ‘natuurlijk onhoudbaar is’, maar dat het “soms toch wel een functie schijnt te hebben, onder meer als demarcatielijn tussen de tweede en de derde rechtsingang.’ Nieuwenhuis vond dat het syllogistische model, waarbij de rechtsregel (de maior) wordt toegepast op het feit (de minor), wat leidt tot het rechtsgevolg (de conclusio),⁷⁴⁵ weliswaar voor de rechtsvinding inderdaad ongeschikt was, maar als legitimatie voor het rechterlijk oordeel wel zeer bruikbaar.⁷⁴⁶

Korthals Altes typeerde in 1981 de gemengde beslissing als ‘het niemandsland tussen feit en recht’, dat door de Hoge Raad zelf was gecreëerd door de grenzen tussen feitelijke en rechtsbeslissingen te verleggen.⁷⁴⁷ Onderzoek van de jurisprudentie leerde hem dat de Hoge Raad in de periode van ongeveer 1925 tot 1960 het resultaat van de toepassing van vage normen door de lagere rechter

⁷⁴³ Zie ook recent Memelink, 2009:47-68. Zij stelt dat in Nederland algemeen wordt aangenomen dat het probleem van de toetsing van gemengde beslissingen niet zozeer een dogmatisch probleem is, maar een probleem van competentieafbakening (Memelink, 2009:56). Memelink was universitair docent bij de afdeling civiel recht aan de Universiteit Leiden. Zij is inmiddels advocaat.

⁷⁴⁴ Zie Donner, 1962:34-35.

⁷⁴⁵ Een en ander volgens de Aristotelische logica. Zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:192-193.

⁷⁴⁶ Zie Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:194-195.

⁷⁴⁷ Korthals Altes, 1978:47. E. Korthals Altes was geruime tijd raadsheer en vice-president in de Hoge Raad.

‘veelvuldiger’ volledig had getoetst dan in de perioden daarvoor en daarna. Hij concludeerde daaruit dat het weinig aannemelijk is dat gemengde beslissingen niet voor volledige toetsing vatbaar zouden zijn.⁷⁴⁸

Dat sprake is van een soort selectiemechanisme wordt gesteld door Loth, die spreekt over ‘Kompetenz-Kompetenz’: “de mogelijkheid om de vage grens tussen recht en feit te verschuiven, waardoor de instroom van zaken groeit dan wel juist krimpt”.⁷⁴⁹

Ook Koopmans⁷⁵⁰ en Ras⁷⁵¹ zijn de opvatting toegedaan dat het onderscheid tussen rechtsvragen en feitelijke vragen neerkomt op een doelmatige werkverdeling tussen de cassatierechter en de feitenrechters.⁷⁵² Voor de cassatierechter is in hun opvatting met betrekking tot feitelijke vragen alleen een taak weggelegd – in de vorm van kwalificatie-controle – als sprake is van zaaksoverstijgende belangen.

De bewerkers van Veegens, Korthals Altes en Groen, zijn het met dat laatste niet helemaal eens.⁷⁵³ Zij menen dat, nu de cassatierechter steeds kan toetsen of de lagere rechter de feiten juist heeft gekwalificeerd, hij dat dan ook moet doen. De waardering van de feiten door de lagere rechter is immers een typisch juridische denkoperatie en geen feitelijk oordeel. Maar ook Korthals Altes en Groen achten de zelfbeperking die de Hoge Raad zich oplegt tot op zekere hoogte gerechtvaardigd, te weten waar het gaat om kwesties die de feitenrechter beter kan beoordelen omdat hij dichter staat bij de feiten en de werkelijkheid daaromheen.⁷⁵⁴

Memelink stelde in 2009 dat de Hoge Raad zich de keuzevrijheid voorbehoudt door gemengde beslissingen in het algemeen afstandelijk te toetsen, maar in te grijpen indien hij een richtinggevend oordeel wenselijk en mogelijk acht. Zij besprak de argumenten van (civiele) voor- en tegenstanders van deze terughoudendheid en kwam tot de conclusie dat het erop lijkt dat deze kampen ieder verschillende accenten leggen wat betreft de functies van de cassatierechtspraak en de taakopvatting van de Hoge Raad. Iedereen is het erover eens dat de Hoge Raad in zijn oordeel over gemengde beslissingen algemene gezichtspunten moet ontwikkelen die de lagere rechter houvast kunnen bieden bij beslissingen die een weging van de omstandigheden van het geval in het kader van een open norm of onbepaald begrip inhouden. Degenen die ruim willen toetsen hebben echter de noodzaak tot rechtsontwikkeling hoog op de agenda, terwijl de voorstanders van terughoudendheid erop wijzen dat de Hoge Raad geen derde instantie moet

⁷⁴⁸ Korthals Altes, 1978:52.

⁷⁴⁹ Loth, 2009:6.

⁷⁵⁰ Koopmans was hoogleraar staats- en administratief recht aan de Universiteit Leiden en advocaat-generaal bij de Hoge Raad. Hij was ook geruime tijd rechter in het Europese Hof van Justitie van de EU.

⁷⁵¹ Ras was van 1987 tot 1989 president van de Hoge Raad.

⁷⁵² Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:208-209.

⁷⁵³ Nu Korthals Altes een van de huidige auteurs is, is dat ook niet verwonderlijk.

⁷⁵⁴ Memelink wijst erop dat ook Asser en Tjittes deze mening zijn toegedaan. Zie Memelink, 2009:55.

worden.⁷⁵⁵ ‘Duidelijk is dat er vooral spanning bestaat tussen enerzijds de wens tot het werkbaar houden van ons cassatiesysteem en anderzijds onze hang naar zekerheid en duidelijkheid waar het de rechtsontwikkeling betreft’ aldus Memelink.⁷⁵⁶ Hieraan kan worden toegevoegd dat de tegenstanders van terughoudendheid ook de rechtsbescherming hoog op de agenda lijken te hebben.⁷⁵⁷ Dit komt bijvoorbeeld tot uiting in het standpunt van Korthals Altes.

In het strafrechtswetenschap wordt nauwelijks over het probleem geschreven. Recent hebben alleen de onderzoekers van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 aandacht aan het onderscheid tussen feitelijke- en rechtsbeslissingen als doelmatigheidskwestie besteed.⁷⁵⁸ Stamhuis signaleerde dat, tengevolge van het moeten beoordelen van allerlei vage normen⁷⁵⁹ en de wijze waarop de Hoge Raad daaraan uitvoering geeft,⁷⁶⁰ de klassieke scheiding tussen feit en recht in cassatie vervaagt. Hij achtte het, vooral gelet op het belang van de rol van de Hoge Raad als toezichthouder op de feitelijke rechtspraak in het concrete geval, goed verenigbaar met de functie van de cassatierechtspraak dat de Hoge Raad ook in de toekomst geconcretiseerde oordelen zou blijven geven. Anderzijds zag hij geen heil in een verdere uitbreiding van het feitelijk onderzoek in cassatie. Een hernieuwd onderzoek ter terechtzitting zou in strijd zijn met de aard van de Hoge Raad als cassatierechter, om welke reden de Hoge Raad zijns inziens moet blijven uitgaan van de door de feitenrechter vastgestelde feiten en omstandigheden.

De Hoge Raad zelf maakt nog steeds geen expliciete keuze tussen wat hij als feit, en wat hij als recht beschouwt: ‘De Hoge Raad heeft zich nooit vastgelegd op een bepaalde theorie omtrent het onderscheid tussen feitelijke vragen en rechtsvragen en het college pleegt ook niet te motiveren waarom hij bepaalde beslissingen als feitelijk aanmerkt.’⁷⁶¹

755 Laatstgenoemden menen bovendien dat het ontwikkelen van algemene gezichtspunten in veel gevallen praktisch onmogelijk of niet voor de hand liggend is.

756 Memelink, 2009:61-62.

757 Bij Memelink komt de rechtsbeschermende functie van de cassatie in iets anders verband ook ter sprake. Zie hieronder paragraaf 5.7.1 en Memelink, 2009:63.

758 Stamhuis, 2004:476.

759 Van zowel formele, als materiële als verdragsrechtelijke aard.

760 Hij wijst erop dat de Hoge Raad zelf het onderscheid ook niet altijd even duidelijk hanteert.

761 Veegens, Korthals Altes en Groen, 2005:214. Van Dorst citeert de betreffende passage in zijn studiepocket (Van Dorst, 2009:155-156). Nijboer en Boek waren hierover in een opinie in het NJB in 1993 uiterst kritisch. Zij stelden dat de betrekkelijkheid van de scheiding tussen feit en recht ‘al lange jaren en op ruime schaal wordt ingezien’, maar vonden dat de Hoge Raad er gezien zijn specifieke positie en taken niet aan behoort te ontkomen grenslijnen te trekken tussen wat hij als feitelijk en dus als niet meer dan marginaal toetsbaar beschouwt enerzijds en wat als juridisch en dus wel toetsbaar anderzijds. Zie Boek en Nijboer, 1993:1053-1054. De arresten die zij bespraken waren HR 13 oktober 1992, NJ 1993, 223 en HR 10 november 1992, NJ 1993, 306. In eerstgenoemd arrest liet de Hoge Raad de ongemotiveerde verwerping van het verweer dat tijdens een observatie gemaakte foto’s onrechtmatig zouden zijn verkregen als niet rechtens onjuist of onbegrijpelijk in stand, zonder daaraan een nadere motivering te wijden. In het tweede corrigeerde de Hoge Raad ongemotiveerd het oordeel van de feitenrechter dat geen sprake was van een verdenking.

Duidelijk is in ieder geval dat de beperkte toetsing van feitelijke beslissingen (al dan niet als onderdeel van gemengde beslissingen) een gevolg is van competentieverdeling.

5.6 De problematische kanten van de doelmatige keuze voor een onderscheid tussen feit en recht

5.6.1 *Het gebrek aan controle over de invulling van vage normen*

Dat het onderscheid tussen feit en recht in voldoende mate kan worden gemaakt om werkbaar te zijn, wordt in Nederland door niemand betwist. Door strafrechtelijke auteurs wordt het onderscheid tussen feitelijke-, en rechtsbeslissingen in cassatie in het algemeen als gezegd zelfs niet als problematisch gezien.⁷⁶² De keuze voor een doelmatige taakverdeling tussen de Hoge Raad en de feitenrechter, in die zin dat de Hoge Raad feitelijke beslissingen slechts marginaal toetst, is echter niet onproblematisch. Dat geldt eerst en vooral waar het gaat om het feitelijk deel van gemengde beslissingen.

Wiarda signaleerde in 1978 dat zich de paradoxale situatie voordoet dat de Hoge Raad over vage normen, gelet op het gemengde karakter van beslissingen daarover, slechts in beperkte mate zijn controlerende en uniformerende taak uitoefent, terwijl het nu juist om onderwerpen gaat waar de wetgever kennelijk bewust de rechtsvorming aan de rechter heeft willen overlaten.⁷⁶³ De Hullu deelde in zijn dissertatie deze zorgen. Hij stelde dat in het strafrecht vermoedelijk de meeste én de belangrijkste beslissingen als gemengde beslissingen kunnen worden getypeerd, waarbij de feitelijke component bijzonder belangrijk is. ‘De betiteling van de president van de Hoge Raad Ras van de cassatierechtspraak als “geamputeerde rechtspraak” lijkt juist.’⁷⁶⁴ Hij meende dat daardoor taken als de bevordering van de rechtseenheid en controle op een behoorlijk verloop van de strafprocedure maar ten dele kunnen worden uitgeoefend.

Korthals Altes zag dit probleem ook.⁷⁶⁵ Ter oplossing stelde hij voor de gemengde beslissingen voortaan als rechtsbeslissingen te beschouwen en deze vol te toetsen. Het argument dat de cassatie dan zijn doel voorbij zou schieten deelde hij niet. Het handhaven van rechtseenheid en rechtsontwikkeling is zijns inziens niet het enige doel van cassatie, het tegengaan van onjuiste beslissingen is dat evenzeer.⁷⁶⁶

⁷⁶² Zie hiervoor onder 5.2.

⁷⁶³ Korthals Altes, 1978:47, verwijzend naar G.J. Wiarda, Dient de regeling van cassatie in burgerlijke zaken te worden gewijzigd en zo ja, in hoeverre en op welke wijze? (Preadvies voor de NJV 1978).

⁷⁶⁴ De Hullu, 1989:244-245.

⁷⁶⁵ Korthals Altes, 1978:47.

⁷⁶⁶ Korthals Altes, 1978:53. Hij motiveert dit met een verwijzing naar de Memorie van Antwoord bij het ontwerp voor een wijziging van de cassatieprocedure, waarin Minister Beerman dit doel duidelijk heeft doen uitkomen.

Schoordijk stelde daarentegen dat ook in cassatie bevredigende rechtspraak met betrekking tot vage normen mogelijk is, ondanks het gegeven dat de feiten vaststaan. In zijn enthousiaste beschrijving van de taakopvatting van de Burgerlijke kamer van de Hoge Raad vanaf de jaren zestig tot 1988 (het jaar van het 150-jarig jubileum van de Hoge Raad) gaf hij een beeld van de ontwikkeling van heteronomie naar autonomie in de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁷⁶⁷ Daarbij stond het ‘uitbouwen’ van juist vage normen centraal.⁷⁶⁸

Toch bleef de invulling van de vage norm een issue. In 1992 was dit probleem volgens Barendrecht alleen maar groter geworden. Hij constateerde dat in Nederland een flexibel systeem van rechtsregels met vage normen was ontstaan, terwijl de rechter (lees: de Hoge Raad) die niet uitwerkt in precieze normen.⁷⁶⁹

5.6.2 *Het contextualisme: de toenemende invloed van de omstandigheden van het geval voor de rechtsvinding*

Vranken bespreekt in zijn bewerking van het Algemeen Deel in de Asserserie de onstuitbare opkomst van het door de rechter verwijzen naar de omstandigheden, onder meer in de vorm van vuistregels en door middel van open en vage normen, ‘die steeds opnieuw dwingen tot het aftasten en uitdiepen van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval’.⁷⁷⁰ Hij noemt dit ‘contextualisme’: de erkenning of het inzicht, dat verschijnselen uitsluitend in de context van de omstandigheden van het geval of van het perspectief waaronder ze worden benaderd, gekend en begrepen kunnen worden.⁷⁷¹

Dit verschijnsel wordt, zo schrijft hij, door sommigen als positief gezien, omdat dit het recht minder dogmatisch heeft gemaakt en meer maatschappelijk heeft verankerd. Anderen zien het echter als een afglijden in nietszeggendheid, omdat verwijzen naar de omstandigheden geen enkel houvast biedt en ook niets bijdraagt aan de verdere ontwikkeling van het recht.⁷⁷²

Wat Vranken in dit fenomeen met name boeit – en ook voor het onderwerp van dit deel van groot belang is – is het ineenvloeien van feiten en normen dat erin besloten ligt.

‘De te beoordelen feiten zijn deel gaan uitmaken van de norm aan de hand waarvan ze beoordeeld moeten worden. Normen zijn feitelijker dan ooit. Het gevolg is dat de juridische beoordeling van een geschil veel scherper het deel van de feiten afbakt dat juridisch relevant is dan bij vage normen of vuistregels het geval is. Als tot de norm bijvoorbeeld behoort de onderlinge verhouding van partijen, betekent dit dat het feitencomplex mede aan de hand daarvan moet worden beoordeeld en dat men zich dus

⁷⁶⁷ Schoordijk, 1988.

⁷⁶⁸ De Hoge Raad had er zijns inziens vele malen blijk van gegeven met de feiten rekening te houden, wat onder meer tot uiting kwam in de ‘checklists’ voor de feitenrechter die invulling van de norm aan de hand van concrete situaties mogelijk maken. Schoordijk, 1988:58.

⁷⁶⁹ Barendrecht, 1992:3.

⁷⁷⁰ Asser/Vranken, 2005:nr. 95.

⁷⁷¹ Hij heeft deze term overigens niet van zichzelf, zo blijkt uit de tekst.

⁷⁷² Vranken zelf vindt dat alleen als de verwijzing naar de omstandigheden van het geval hanteerbaar wordt gemaakt, waar mogelijk met scherpe en precieze normen, deze aanvaardbaar is.

mede moet verdiepen in de feiten die over deze verhouding uitsluitend geven. Zegt de norm er niets over, dan telt deze omstandigheid niet zonder meer mee.⁷⁷³

5.6.3 *Contextualisme in het strafrecht*

Dat dit fenomeen niet exclusief civielrechtelijk is, blijkt uit een discussie op strafrechtelijk terrein. Franken constateerde in 2006, verwijzend naar onder meer De Hullu en Buruma, dat de wetgever de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid in de periode sinds het begin van de jaren negentig heeft verruimd, door onder meer grotere nadruk op zorgplichtschendingen,⁷⁷⁴ een meer collectief gerichte aansprakelijkheid en een uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid naar de voorfase in de vorm van (met name) de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen.⁷⁷⁵ Hij maakt in dit artikel bezwaar tegen het achterwege blijven van heldere uitwerking van dergelijke open normen door de Hoge Raad. Die stelt geen scherpe criteria op voor de materiële leerstukken die bepalend zijn voor de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar formuleert daarvoor zelf ook weer vage normen. Als voorbeelden noemt hij de redelijke toerekening en de schuld. De invulling daarvan is in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Aldus creëert de Hoge Raad zijns inziens ruimte voor een sterk door de casuïstiek gedreven jurisprudentie, waarin de feitenrechter alle kanten op kan en waarin rekening gehouden kan worden met – naar hij lijkt te bedoelen – de tijdgeest. Het nadeel van die benadering is dat de rechtszekerheid ernstig in het geding raakt, omdat de reikwijdte van de kernbegrippen niet duidelijk is. Franken riep de wetenschap op daaraan uitleg te geven en aanknopingspunten aan te reiken voor de rechtsontwikkeling.

Rozemond pakte in 2007 die handschoen op met een betoog waarin ook hij vooropstelde dat de casuïstiek – in wezen hetzelfde als het door Franken genoemde contextualisme – een probleem is in verband met de kenbaarheid van het strafrecht en de voorzienbaarheid van bestraffing. Hij stelt daar echter tegenover dat de betekenis van het strafrecht niet alleen kan worden vastgesteld aan de hand van algemene regels, beginselen en uitgangspunten, maar mede wordt bepaald door de dynamiek van de bijzondere gevallen die steeds opnieuw de rechtsvraag oproepen wat de betekenis is van die algemene beginselen, wettelijke begrippen en rechterlijke criteria.⁷⁷⁶ Hij ziet de casuïstiek daarom ook als een nuttige en zelfs nodige rechtsvindingsmethode, mits deze methodologisch wordt ingebouwd in

⁷⁷³ Asser/Vranken, 2005:nr. 95 en 96.

⁷⁷⁴ Zie hierover nader: Visser, 2001.

⁷⁷⁵ Franken, 2006:949.

⁷⁷⁶ Rozemond, 2007:465 e.v.

algemene en bijzondere leerstukken.⁷⁷⁷

Rozemond vindt dat de Hoge Raad hierin geen heldere rol speelt. Zo laat deze de invulling van de betekenis van onbepaalde begrippen soms over aan de feitenrechter⁷⁷⁸ en motiveert hij zelf niet altijd zijn toepassing van criteria, zoals bijvoorbeeld dat van de ‘uiterlijke verschijningsvorm’, dat een rol speelt bij de leerstukken poging en voorbereidings-handelingen.⁷⁷⁹ ‘Zo ontstaat onduidelijkheid over de betekenis van een rechterlijk criterium dat juist voor een nadere afbakening moet zorgen van een ruime strafbepaling’, moppert hij. Rozemond constateert dan ook dat, nu in cassatie weinig ruimte is voor weging en waardering van die bijzondere omstandigheden, de afbakening van het materiële strafrecht komt te liggen bij de rechter die over de feiten oordeelt. Hij vindt ook dat het probleem van de casuïstiek de laatste tijd urgenter is geworden omdat niet alleen strafbepalingen, maar ook de criteria uit de rechtspraak van de Hoge Raad worden verruimd,⁷⁸⁰ zodat deze steeds minder houvast bieden bij het bepalen van strafbaarheid in een specifiek geval. Een recent voorbeeld daarvan is de jurisprudentie over de voorbedachte raad, die luidt dat het daarbij bij uitstek om een weging en waardering van de omstandigheden van het concrete geval door de rechter gaat, waarbij deze het gewicht moet bepalen van de aanwijzingen die voor of tegen het bewezen verklaren van voorbedachte raad pleiten.⁷⁸¹ Dat ditzelfde ook in het strafprocesrecht speelt blijkt uit de al meermalen genoemde maatstaf voor de bewijsminimumregel, die inhoudt dat artikel 342 lid 2 Sv de rechter verbiedt tot een bewezenverklaring te komen ingeval de door één getuige gereleveerde omstandigheden op zichzelf staan en onvoldoende steun vinden in ander bewijsmateriaal, maar waarbij de Hoge Raad tevens stevast overweegt dat de vraag of aan het bewijsminimum is voldaan, zich niet in algemene zin laat beantwoorden, maar een beoordeling van het concrete geval vergt. Borgers lijkt zich bij het standpunt van Rozemond aan te sluiten, waar hij stelt dat de Hoge Raad de rechter zo wel heel weinig richting geeft. Hij kan zich weliswaar voorstellen dat het casuïstisch karakter van de bewijsminimumregel het

⁷⁷⁷ Dat inbouwen ziet hij als volgt voor zich: de leerstukken dienen met behulp van strafrechtelijke beginselen, algemene wetsbegrippen en rechterlijke criteria te worden gestructureerd, waarna met behulp van de casuïstiek kan worden gezocht naar de afbakening in concrete gevallen. Met name grensgevallen, waarvan niet direct duidelijk is of deze wel, of juist niet onder de wet te brengen zijn, kunnen goed worden benaderd door de bijzondere omstandigheden van de verschillende gevallen te onderzoeken en met elkaar te vergelijken. Standaardgevallen kunnen dan voor een globale afbakening zorgen en vervolgens kunnen alle argumenten worden geïnventariseerd ten aanzien van de vraag hoe grensgevallen moeten worden beoordeeld. Die argumenten kunnen zowel theoretisch als praktisch van aard zijn.

⁷⁷⁸ Zo moet voor de betekenis van het begrip ‘behulpzaamheid’ in de strafbaarstelling van euthanasie aansluiting worden gezocht bij het algemeen spraakgebruik en of van ‘behulpzaamheid’ in een concreet geval sprake is, hangt af van de bijzondere omstandigheden daarvan, waarvan de weging is voorbehouden aan de feitenrechter. HR 5 december 1995, NJ 1996, 322.

⁷⁷⁹ Als concrete voorbeelden noemt hij het Videodozenarrest (HR 2 december 1992, NJ 1993, 321) en het Ford Transit-arrest (HR 18 november 2003, LJN: AJ0535).

⁷⁸⁰ Als voorbeeld noemt hij de criteria voor daderschap van de rechtspersoon. Daaraan kan worden toegevoegd het criterium voor de bepaling van strafrechtelijke causaliteit (toerekening naar redelijkheid).

⁷⁸¹ Zie bijv. HR 28 februari 2012, NJ 2012, 518 m.nt. Van Keulen.

geven van algemene gezichtspunten of vuistregels in de weg staat, maar verbaast zich erover dat de Hoge Raad ook in concrete gevallen waarin deze regel niet geschonden was niet of nauwelijks aangeeft wat de (kennelijke) redenering van het hof was en waarom deze verenigbaar is met artikel 342 lid 2 Sv. Het zou zijns inziens al helpen als de Hoge Raad dat wel zou doen.⁷⁸²

5.6.4 *De toetsing van puur feitelijke beslissingen*

Tot hier toe bespraken wij de problematiek van de beperkte toetsing van gemengde beslissingen. Over de toetsing van puur feitelijke beslissingen valt echter ook iets te zeggen. Als immers feit en norm steeds verder ineenvloeien als hierboven beschreven, is de beperkte toetsing van ‘gewone’ feitelijke beslissingen evenzeer een probleem.

Asser meent dan ook dat ook de selectie van feiten in cassatie moet kunnen worden getoetst, omdat die tot stand gekomen is door een door de rechtstoepassing geïndiceerde, maar ook op die rechtstoepassing gerichte selectie van de feiten. Toetsing daarvan is noodzakelijk, om te bezien of de rechter geen relevante feiten over het hoofd heeft gezien, dan wel daaraan een onjuiste interpretatie heeft gegeven. Hij stelt dat het de inzichtelijkheid van de uitspraken van de Hoge Raad zeker ten goede zou komen als hij zich vrijelijk over de feiten zou kunnen uitlaten. Daar tegenover staat dat de Hoge Raad niet zelf feitenonderzoek moet gaan doen. Al met al bepleit hij het cassatiesysteem te heroverwegen om te bezien of niet beter aansluiting gezocht kan worden bij een systeem dat de Hoge Raad minder formalistische belemmeringen in de weg legt, ‘hoe creatief de Hoge Raad er ook mee om is gaan springen’, zo voegt hij daaraan toe.⁷⁸³ Op deze suggestie zal in het slothoofdstuk worden teruggekomen.

5.7 **De invloed van de mening van de Hoge Raad over de billijkheid van de bestreden uitspraak**

5.7.1 *Zaken zo gezond als een vis*⁷⁸⁴

In het voorgaande kwam aan de orde dat de Hoge Raad zich enerzijds liefst ver van de feiten zegt te houden, maar zich daar anderzijds toch lang niet altijd aan houdt. De hiervoor beschreven problematische kanten van het onderscheid zullen daar niet vreemd aan zijn. Maar er is nog iets anders aan de hand.

In het civiele recht heeft de Hoge Raad arresten gewezen waarin hij gemengde beslissingen volledig toetst “indien hij dat voor een juiste rechtsbedeling nodig

⁷⁸² Borgers, 2012:873 en 890-891.

⁷⁸³ Asser, 2008:27-28.

⁷⁸⁴ Dit schijnt de bij de Hoge Raad gangbare benaming zijn voor een uitspraak die men fair en juist acht.

vindt”.⁷⁸⁵ Memelink citeert Snijders, Klaassen en Meijer uit 2007, die zich als volgt uitdrukken: ‘Men kan zich overigens niet aan de indruk onttrekken dat de Hoge Raad gemengde beslissingen minder beperkt toetst naar gelang hij vindt dat de beslissing zonder meer een andere had moeten zijn.’⁷⁸⁶ Dan weegt de Hoge Raad wellicht toch weer liever zelf. Memelink stelt dat dit erop zou duiden dat de rechtsbeschermingsfunctie van cassatie voorop staat.

Hier duikt het aparte fenomeen op dat het eigenlijk altijd al zo geweest is dat de vraag of naar het idee van de Hoge Raad de goede beslissing is genomen, bij de beoordeling in cassatie een belangrijke rol speelt. Dat geldt ook in strafzaken. Al in 1937 zei Taverne: ‘Maar de H.R. vernietigt niet graag wanneer de zaak gezond en materieel in orde is.’⁷⁸⁷ Van Bemmelen stelde in 1957 zelfs:

‘Vele van deze beslissingen (over vormverzuimen – AR) zijn ook alleen maar gegeven pour besoin de la cause, omdat de H.R. vond, dat de zaak opnieuw bekeken behoorde te worden, en dan heeft het college een vormmiddel aangegrepen om dit mogelijk te maken, terwijl in andere gevallen allerlei vormgebreken worden goedgepraat, als de H.R. van oordeel is, dat het vonnis, waarvan cassatie, in wezen juist is.’⁷⁸⁸

En ook nu zegt Van Dorst:

‘dat de Hoge Raad in gevallen waarin het geding, alles bijeen genomen, als een “fair trial” gekarakteriseerd kan worden en waarin – voorzover zich dat in cassatie laat beoordelen – een goede beslissing lijkt te zijn genomen, fouten en verzuimen in het voorbereidend onderzoek en bij het onderzoek ter terechtzitting door de vingers wil zien en waar mogelijk herstelt.’⁷⁸⁹

Aangenomen mag worden dat ook het omgekeerde het geval is, dat de Hoge Raad wanneer naar zijn oordeel een onterechte veroordeling is uitgesproken, zijn best zal doen de uitspraak te vernietigen.

Het behoeft geen betoog dat het onuitgesproken oordeel, dat achter de in het arrest gegeven beslissing schuil gaat, in hoge mate van feitelijke aard zal zijn. Of Memelink terecht stelt dat dit erop duidt dat de rechtsbeschermingsfunctie voorop staat, is intussen de vraag. De ‘keuring van de vis’ brengt juist vaak mee dat de

⁷⁸⁵ Zie Asser, 2008:27.

⁷⁸⁶ Memelink, 2009:63.

⁷⁸⁷ In een noot bij HR 28 juni 1937, NJ 1938, 224.

⁷⁸⁸ Van Bemmelen, 1957:XV. Van Bemmelen was geen fan van de cassatie. Zijns inziens werd daarvan door verdachten misbruik gemaakt, in die zin dat ze zich in werkelijkheid helemaal niet om de vormgebreken bekommerden waartegen ze cassatieberoep instelden, maar omdat ze uit waren op vernietiging van een hun onwelgevallig vonnis en (uiteindelijk) vrijspraak of strafvermindering. Hij meende dat dit leidde tot vele beslissingen van de Hoge Raad die met de zaken waar het eigenlijk over ging, niets te maken hebben.

⁷⁸⁹ Zie Van Dorst, 2009:270. Zie hierover bijvoorbeeld ook voormalig president van de Hoge Raad Moons, die eveneens schreef dat de Hoge Raad ondergeschikte onvolkomenheden in vonnissen en arresten repareert wanneer hij tenminste overtuigd is van de materiële juistheid van de bestreden uitspraak (waarbij wij ‘materiële juistheid’ begrijpen als ‘een goede beslissing’) (Moons, 1988:104). Zie ook Barendrecht, die zegt dat de raadsheren geen beslissing willen laten ‘stuk gaan’ op motiveringsgebreken als het resultaat aanvaardbaar lijkt. (Barendrecht, 2002:294-300).

Hoge Raad gebrekkige arresten ‘redt’ door niet in te grijpen of te verbeteren. Dat kan moeilijk als een uiting van de rechtsbeschermingsfunctie worden bestempeld. Waar de Hoge Raad zich minder afstandelijk opstelt dan normaal en hij juist wel ingrijpt of van herstel afziet om een zijns inziens materieel ‘foute’ beslissing ongedaan te maken, is daarentegen inderdaad sprake van rechtsbescherming. Ook dat gebeurt.

5.7.2 *Voorbeelden van arresten waarin de opvatting van de Hoge Raad over de billijkheid van de uitspraak een rol kan hebben gespeeld*

Hoewel er in het geheel geen geheim van wordt gemaakt dat de opvatting over de materiële juistheid van de beslissing een rol speelt bij de beslissing tot al dan niet vernietigen, zegt de Hoge Raad in zijn arresten (helaas) natuurlijk niet dat hij vernietigt of juist in stand laat omdat hij de zaak al dan niet ‘zo gezond als een vis’ acht. Dat maakt het lastig aanwijsbaar waar zijn opvatting over de juistheid van de beslissing een rol speelt. Een voorbeeld zou kunnen zijn het arrest in de zaak Lucia de B.⁷⁹⁰ Mevis merkte in zijn noot bij dit arrest tot twee maal toe op dat de beslissing van de Hoge Raad mogelijk anders zou zijn uitgevallen wanneer de Hoge Raad niet van de schuld van De B. overtuigd zou zijn geweest. Zijn aarzeling betrof met name het feit dat de Hoge Raad, hoewel daartoe in de middelen uitdrukkelijk uitgenodigd, geen nieuwe regels wilde stellen aan de bewijsvoering, ook niet wanneer deze louter berustte op schakelbewijs.⁷⁹¹

Een ander voorbeeld waarin de annotator erop wijst dat de beslissing anders had kunnen uitvallen, maar dat de Hoge Raad waarschijnlijk niet vernietigde omdat hij de beslissing billijk vond, is een arrest van 7 juli 2009.⁷⁹² Het betrof een beroep op extensief noodweer-exces, dat door het hof niet volgens de regelen der kunst was verworpen. Het geval betrof een verkeersruzie tussen twee dames van de categorie ‘waar er twee vechten, hebben er twee schuld’. Dat vond de Hoge Raad, anders dan de advocaat-generaal, kennelijk voldoende om de zwakke onderbouwing van de verwerping van het verweer te sauveren.⁷⁹³

Een derde voorbeeld is een uitspraak van 28 mei 2002, waarin de Hoge Raad een vrijspraak in een moordzaak vernietigde, omdat het hof blijk had gegeven van een te beperkte en dus onjuiste opvatting van het begrip medeplegen.⁷⁹⁴ Hij overwoog dat op grond van de vaststellingen van het hof ‘niet viel uit te sluiten’ dat de verdachte,

⁷⁹⁰ HR 14 maart 2006, NJ 2007, 345 m.nt. Mevis.

⁷⁹¹ Zie de annotatie onder punt 20.

⁷⁹² HR 7 juli 2009, NJ 2009, 421 m.nt. Buruma.

⁷⁹³ Het hof had wel de juiste maatstaf gebruikt. Ter motivering van de verwerping overwoog het dat gelet op het tijdsverloop niet aannemelijk was dat de aanval door de verdachte het onmiddellijk gevolg was van de daaraan voorafgaande aanval door het slachtoffer. Daarop viel het nodige af te dingen. Buruma, die annoteerde, vermoedde dat de Hoge Raad de billijkheid van de zaak de doorslag had laten geven.

⁷⁹⁴ HR 28 mei 2002, NJ 2003, 142, m.nt. Schalken.

door zich niet van zijn mededader te distantiëren, maar daarentegen diens mes aan te nemen teneinde daarmee te steken, zich bij zijn mededader was gaan aansluiten op een moment dat de levensberoving nog niet was voltooid. In dat geval zou sprake zijn geweest van medeplegen. Het hof had juist vrijgesproken omdat niet kon worden vastgesteld dat het slachtoffer nog leefde op het moment van het steken door de medeverdachte. Daarnaast oordeelde de Hoge Raad dat het feit dat in de tenlastelegging niet de mogelijkheid was opgenomen dat de mededader (en niet de verdachte zelf) de steekhandelingen had verricht (wat door de AG Jörg werd gezien als van belang voor de vrijspraak) niet aan bewezenverklaring in de weg stond. Schalken constateerde dat de Hoge Raad alle uithoeken van de doctrine had opgezocht om te voorkomen dat onrecht onbestraft zou zijn gebleven. De sterke indruk dringt zich op dat de Hoge Raad hier de vrijspraak materieel gezien onjuist vond en daarom bij de toetsing van deze vrijspraak veel verder ging dan hij normaliter zou hebben gedaan. Verondersteld mag worden dat de feiten van elk genoemd geval telkens de doorslag hebben gegeven bij het oordeel van de Hoge Raad.⁷⁹⁵

5.7.3 *Nadelen*

Vreemd genoeg beschouwt geen auteur het meespelen van de indruk omtrent de materiële juistheid van de bestreden beslissing als problematisch, terwijl het toch de nodige nadelen heeft. Ten eerste bevordert het, om met Van Bemmelen te spreken, beslissingen ‘pour besoin de la cause’, waarbij de Hoge Raad zich soms in vanuit cassatietechniek gezien onlogische bochten moet wringen om het gewenste resultaat te verkrijgen – zie de zojuist genoemde moordzaak. Ten tweede bevordert het de voorspelbaarheid van de uitkomst van de cassatie niet, omdat de indruk omtrent de juistheid van de einduitspraak vaak subjectieve elementen zal bevatten – zie de zojuist genoemde niet-vernietiging van een onjuist gemotiveerde beslissing in een noodweerexces-zaak. Ten derde bestaat het risico, zeker in complexe zaken, dat de indruk van de Hoge Raad onjuist is, tengevolge waarvan hij een (vanuit feitelijk perspectief) verkeerde uitspraak doet – zie de zaak Lucia de B. Ten slotte bestaat het risico dat het gevoel van de Hoge Raad omtrent de zaak waarin hij zijn arrest wijst, van invloed is op de rechtsontwikkeling waaraan hij middels zijn arresten leiding geeft – zie opnieuw de moordzaak.

5.8 **De gevolgen van de scheiding tussen feit en recht voor de middelen van cassatie**

In de voorgaande paragrafen werd beschreven dat het onderscheid tussen feitelijke en rechtsbeslissingen ten eerste in theorie en de huidige vorm van rechtsvinding moeilijk te maken is, ten tweede in de praktijk is verwaterd en dat ten slotte de manier waarop de Hoge Raad dit onderscheid hanteert niet altijd consequent is,

⁷⁹⁵ Deze drie uitspraken worden alle uitvoeriger besproken in het deel over de ontwikkelingen in de jurisprudentie van de Hoge Raad sinds 1988.

mede doordat zijn opvatting over de juistheid van de aangevallen uitspraak een rol speelt in zijn beslissing.

Deze inzichten stellen het verwijt van een gebrek aan kwaliteit, dat vaak aan de cassatieadvocaat in het strafrecht wordt gemaakt, in een ander licht. Hoe kan de advocaat immers goed inspelen op de eisen die de Hoge Raad stelt, als die per geval verschillend uitpakken?

Als de advocaat vreest dat de Hoge Raad op grond van de stukken zal menen dat de uitspraak ‘zo gezond als een vis is’, terwijl hij daar zelf anders over denkt (wat hij vaak zal doen; hij stelt immers cassatie in), doet hij er toch goed aan op de een of andere manier in zijn schriftuur de uitspraak voor rotte vis uit te maken. Van Bemmelen stelde terecht dat vaak sprake is van een schijngevecht: achter de oordelen over rechtsschending en vormverzuim betreft de werkelijke strijd regelmatig de waardering van de feiten. Daarbij is het de vraag of de Hoge Raad de juistheid van de uitspraak louter op grond van de stukken wel goed kan inschatten. Dat geldt zeker in grote complexe zaken, waarin gelet op de omvang van de stukken niet verwacht kan worden dat de Hoge Raad die integraal heeft bestudeerd.⁷⁹⁶ Ook dat pleit ervoor dat de raadsman in cassatie ruimte heeft voor ontlastende feiten aandacht te vragen.

Het probleem overstijgt bovendien het niveau van gekissebis tussen Hoge Raad en strafrechtadvocatuur. De middelen van cassatie waren altijd al ‘de motoren van de cassatierechtspraak’⁷⁹⁷ en het belang van cassatiemiddelen voor het stelsel is nog steeds groeiend. Onder invloed van de overgang naar een meer contradictoir strafproces toetst de Hoge Raad immers steeds minder ambtshalve en aan de formulering van verweren en middelen worden steeds hogere eisen gesteld.⁷⁹⁸

De sinds 1 juli 2012 bestaande mogelijkheid van ‘selectie aan de poort’, waardoor de Hoge Raad (kort gezegd) kansloze zaken kan weren, zal dat belang zeker niet minder doen zijn. Zonder goede cassatiemiddelen kan (of liever gezegd: wil) de Hoge Raad zijn taken dan ook in steeds mindere mate uitvoeren. Van zijn kant kan de advocaat echter de hem toebedeelde taak moeilijk goed verrichten als het stelsel en de praktijk van beoordeling onduidelijk zijn. Dat onjuiste of onbegrijpelijke beslissingen in stand blijven wanneer daarover niet wordt geklaagd

⁷⁹⁶ Zo wekt de noot van Mevis bij de zaak Lucia de B. de indruk dat de Hoge Raad destijds overtuigd was van de juistheid van de uitspraak van het Hof en wellicht over een aantal in cassatie (mede door de auteur dezes) aangedragen punten anders zou hebben geoordeeld ware hij de tegenovergestelde mening toegedaan geweest. Gezien in het licht van de latere herziening in deze zaak zou het wrang zijn als de gedachte van Mevis juist was – wat natuurlijk nooit bekend zal worden. Opmerkelijk (omdat uit hetgeen hij in de noot stelt zou kunnen worden afgeleid het onuitgesproken oordeel omtrent de schuld van De B. bij het bepalen van de beslissing heeft meegespeeld) is overigens dat Mevis in zijn artikel Versterking van de cassatierechtspraak naar aanleiding van dit arrest juist stelt dat de Hoge Raad in deze zaak het antwoord op de vraag ‘heeft ze het gedaan’ uitdrukkelijk aan de feitenrechter heeft gelaten. Zie Mevis, 2008:463. Zie over dit arrest ook hoofdstuk 11, onder 11.2.2.

⁷⁹⁷ Mout, 1989:228.

⁷⁹⁸ Zie hierover hoofdstuk 3, onder 3.3.2.

is nog begrijpelijk. Inmiddels komt het echter ook voor dat deze in stand blijven wanneer daarover naar het oordeel van de Hoge Raad op onjuiste- of te weinig precieze wijze wordt geklaagd. Dat is niet acceptabel, zeker niet nu het systeem van beoordeling in cassatie zo ondoorzichtig is. De derde rechtsingang is te belangrijk om te dienen als arena voor schijngevechten. De klacht moet duidelijk zijn; de manier waarop die wordt beoordeeld ook.

5.9 Uitleiding en conclusie: naar een nieuw systeem van cassatie

De cassatie als instituut is gebaseerd op een verouderde gedachte, te weten dat rechtsvinding niet meer is dan het toepassen van een abstracte rechtsregel op een feit en dat feiten en recht goed van elkaar te scheiden zijn. In die gedachte was het goed mogelijk de feiten bij de feitenrechter te laten en de Hoge Raad zich te laten beperken tot de vraag of deze het recht juist op de vastgestelde feiten had toegepast. Zo eenvoudig werkt de rechtsvinding echter al lang niet meer. De vraag dringt zich op of nog langer aan deze verouderde gedachte moet worden vastgehouden.

Het staat wel vast dat de Hoge Raad anders kan: hij is bevoegd tot het toetsen van ieder oordeel van de feitenrechter. Het staat echter ook vast dat hij niet anders wil, om redenen van doelmatigheid. Vanwege de doelmatige taakverdeling laat hij de vaststelling en waardering van feiten nog steeds aan de feitenrechter over, althans in beginsel. Hij gebruikt het moeizame en deels achterhaalde onderscheid tussen feitelijke- en rechtsbeslissingen daarbij als instrument om zijn taakgebied van dat van de feitenrechter af te bakenen. Voor wat betreft het als feitelijk aangemerkte deel van de beslissing gebruikt hij onvolkomenheden in de motivering als mogelijke vernietigingsgrond. In de loop van de jaren is hij die steeds scherper gaan toetsen, maar over de precieze scherpste van die toetsing is niet veel algemeen te zeggen⁷⁹⁹ – die verschilt per geval. Waar de Hoge Raad wel en niet in (mede) feitelijke waarderingen en feitelijke vaststellingen ingrijpt is dan ook in hoge mate een keus van de Hoge Raad zelf.

De achterliggende gedachte bij de terughoudende (marginale) toetsing van feitelijke beslissingen is dat de Hoge Raad het onwenselijk en onnodig acht zich met de toepassing van rechtsnormen op concrete gevallen te bemoeien, wanneer daarmee geen belang van rechtseenheid of rechtsontwikkeling is gediend. Zowel de civiele kamer als de strafkamer van de Hoge Raad heeft deze terughoudendheid aanvaard en velen kunnen zich daarin vinden. Er zijn echter in de loop van de tijd altijd ook stemmen opgegaan die zeggen dat de rechtsbescherming een zodanig wezenlijke taak van de cassatierechter is, dat deze in ieder geval gemengde oordelen vol zou moeten toetsen. Deze stemmen zijn sterker geworden sinds contextualisme, of casuïstiek, bepalend is voor de rechtsvinding. Hierbij vloeien norm en feit min of meer ineen doordat de bijzondere omstandigheden van het geval onderdeel zijn geworden van de norm, met name wanneer deze onbepaald is. Bij deze vorm van rechtsvinding is rechtsontwikkeling niet meer van (deels) feitelijke beslissingen los

⁷⁹⁹ Zie over de motiveringsgebreken in het algemeen hoofdstuk 3, onder 3.3.

te denken. Dat blijkt ook wel uit de vele door de Hoge Raad zelf geformuleerde maatstaven waarin ‘de omstandigheden van het geval’ een rol spelen.

Dat de Hoge Raad – zoals hij zelf zegt – zich niet met de feiten bezig zou houden is dus in hoge mate onjuist. Natuurlijk brengt zijn bijzondere positie mee dat hij geen nieuw onderzoek ter terechtzitting doet. Maar hij is reeds daarom veeleer geen ‘nieuwe feiten’-rechter dan geen feitenrechter.

Daar komt nog bij dat het feit dat hogere internationale rechters (het EHRM en het Europese Hof van Justitie) in hun beoordeling van zaken geen onderscheid maken tussen rechtsoordelen en feitelijke oordelen, de Hoge Raad ertoe dwingt dat evenmin te doen wanneer normen uit EHRM of het recht van de Europese Unie aan de orde zijn. En ten slotte is gebleken dat de Hoge Raad zijn beslissingen mede laat leiden door zijn (onuitgesproken) opvatting over de vraag of de feitenrechter tot een juiste uitspraak is gekomen. Kortom: de vaak arbitraire scheiding tussen feiten en recht leidt tot een weinig consequente toetsing en tot een soms slechte voorspelbaarheid van de uitkomst.

De conclusie luidt dan ook dat het onderscheid op zijn minst onhelder is en debet is aan onduidelijke jurisprudentie. De leidende positie van de Hoge Raad bij de rechtsontwikkeling en rechtsvorming is daardoor in het geding, evenals de rechtsbescherming van de individuele verdachte, die een onjuiste feitelijke beslissing in stand ziet blijven. Het huidige cassatiestelsel past dus slecht bij de moderne wijze van rechtsvinding. Hoe het dan wel moet komt in het slothoofdstuk aan de orde.

DEEL III: DE JURISPRUDENTIE

6 Inleiding op het jurisprudentieonderzoek

6.1 Inleiding

‘Hoe gaat de strafkamer van de Hoge Raad te werk bij het nemen van beslissingen? Wat beweegt hem in de ene zaak wel in te grijpen en in de andere niet?’ Met deze zin begon het inleidende hoofdstuk van dit boek. Dit derde en laatste deel van het onderzoek is gewijd aan een steekproefsgewijze analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad vanaf ongeveer 1988 tot heden.⁸⁰⁰ Daarbij richt de aandacht zich met name op hoe de Hoge Raad in die periode inhoud heeft gegeven aan zijn rechtsbeschermende taak. Meer specifiek geformuleerd: hoe heeft de Hoge Raad zich sinds het midden van de jaren tachtig bewogen in het spanningsveld tussen het strafrecht als instrument voor het bestrijden van criminaliteit enerzijds, en het beschermen van de (verdachte) burger tegen machtsmisbruik door de overheid anderzijds?

In de voorgaande hoofdstukken werd geconstateerd dat het voor de rechtszoekende steeds moeilijker is geworden een inhoudelijk oordeel van de Hoge Raad over zijn zaak te krijgen. De Hoge Raad doet het liefst richtinggevende uitspraken in zaken die hij zelf belangrijk vindt, waardoor hij tevens zijn rechtsbeschermende taak inhoud hoopt te geven. De rechtszoekende zou het dus vooral moeten hebben van het rechtsbeschermende effect van de beantwoording van rechtsvragen. Nu werd eerder al gesteld dat de Hoge Raad in het algemeen gouvernementeler is dan lagere rechters en dat hij neigt naar een voorkeur voor instrumentaliteit als ‘stuursysteem’.⁸⁰¹ De vraag is dus in hoeverre ook de bescherming van de (verdachte) burger tegen de overheid in zijn richtinggevende jurisprudentie herkenbaar is.

Eerder bleek voorts dat het onderscheid tussen feit en recht, waarmee de Hoge Raad regelmatig schermt, dogmatisch onhoudbaar is, zeker in ‘gemengde’ gevallen. De Hoge Raad gebruikt het echter als een selectiemechanisme om zaken van zich weg te kunnen houden. Dat doet hij echter zeker niet consequent: regelmatig kiest hij ervoor zich toch – en soms diepgaand – met de feiten te bemoeien. Dat heeft te maken met verscherpte motiveringseisen, met het contextualisme – de sterk met de feiten en omstandigheden samenhangende moderne rechtsvindingsmethode – en met het gevoel van de Hoge Raad over de materiële juistheid van de aangevochten beslissing.

⁸⁰⁰ ‘Heden’ is 2012.

⁸⁰¹ Zie hoofdstuk 2, onder 2.6.

De uitkomst van een cassatieprocedure is dus nooit het resultaat van een puur technisch-juridische exercitie. Thomas Spijkerboer stelt hierover:

‘Twee zaken lijken mij evident te zijn. Ten eerste, dat de uitkomst van een juridische redenering niet met dwingende noodzaak wordt beheerst door juridische techniek. Voor elke rechtsvraag die ook maar een beetje interessant is, zijn meerdere – vaak tegenovergestelde – antwoorden volgens de regelen der kunst te beargumenteren.’⁸⁰²

Hij voegt daar als tweede evidentie aan toe dat het feit dat een redenering een juridische is, forse beperkingen oplegt aan wat als argument geldt en wat als juiste uitkomst kan gelden. ‘Recht is niet bepalend, maar het is evenmin onbepaald.’⁸⁰³ Hij denkt dat rechters op alle rechtsgebieden, binnen de kaders die het recht stelt, sterk politieke keuzes maken.

De rechters van de strafkamer van de Hoge Raad vormen hierop geen uitzondering. Voor iedere koers die de Hoge Raad vaart, voor vele beslissingen die hij neemt, waren andere denkbaar geweest.

In de volgende hoofdstukken wordt besproken hoe de jurisprudentie van de Hoge Raad zich, gezien vanuit het oogpunt van rechtsbescherming, in de afgelopen 25 jaar heeft ontwikkeld op een aantal strafvorderlijke en materieelrechtelijke thema’s. Ook worden zaken waarin gebleken is van gerechtelijke dwalingen, of waarin de Hoge Raad is ‘overruled’ door Straatsburg, aan een kritische blik blootgesteld. Heeft de Hoge Raad toen hij daartoe de kans had meer of minder inhoud gegeven aan zijn rechtsbeschermende taak? Kortom: in dit jurisprudentieonderzoek gaat het niet om de dogmatiek, al komt die onvermijdelijk aan de orde, maar wordt beoogd de rechtspolitieke kant van het werk van de Hoge Raad onder de loop te nemen. Zwart-wit gezegd: wanneer koos hij de kant van de overheid en wanneer die van de verdachte burger?

6.2 Onderzoeksmethode

De hierna besproken jurisprudentie, inclusief de daarbij behorende conclusies en annotaties, betreft een selectie uit een enorm arsenaal aan in de NJ gepubliceerde uitspraken.

Voor het maken van de selectie is aan de hand van in jaar- of kwartaaloverzichten⁸⁰⁴ opgenomen en geannoteerde arresten een database vervaardigd, aangevuld met arresten waarnaar in conclusies en noten bij de in die database opgenomen arresten verwezen werd. De uiteindelijke selectie van thema’s is bepaald door de frequentie waarmee de onderwerpen van de in de database opgenomen jurisprudentie door de onderzochte jaren heen voorkwamen en de relevantie van die onderwerpen voor het onderwerp van de rechtsbescherming.

⁸⁰² Spijkerboer, 2010:604.

⁸⁰³ Spijkerboer, 2010:604.

⁸⁰⁴ Met name de Kronieken van het strafrecht opgesteld door de Nijmeegse vakgroep strafrecht, de katernen strafrecht in het tijdschrift *Ars Aequi* van de hand van Pelsers en de Kronieken Straff(proces)recht in het Nederlands Juristenblad, opgesteld door verschillende auteurs.

De bespreking beperkt zich tot de arresten zelf, de conclusies van de advocaat-generaal en het commentaar van de annotator. Een enkele keer wordt ook melding gemaakt van commentaar in jurisprudentie-overzichten in het NJB of een kroniek. De wetenschappelijke discussie daarbuiten is niet in de beschouwingen betrokken, behalve voorzover die doorklonk in het besproken materiaal.

De volgorde van de bespreking per thema of subthema is in grote lijnen chronologisch.

Gezien de omvang van de periode en de veelheid van onderwerpen, wordt zeker geen volledig overzicht van alle ontwikkelingen geboden. Dat is voor het doel van het onderzoek ook niet nodig. Met ‘zevenmijlslaarzen’ wordt door de jaren en de thema’s gelopen, om een indruk van de grote lijnen te krijgen.

6.3 Het jaar 1988 als startpunt

Het begin van de onderzochte periode is ten eerste gekozen omdat de Hoge Raad in 1988 150 jaar bestond en dat feit uitbundig is gevierd. Omdat juristen graag schriftelijk juichen, zagen in dat jaar vele artikelen, feestbundels en themanummers het licht. In die publicaties werden de Hoge Raad en zijn jurisprudentie van allerlei kanten beschouwd. Zo ook de strafrechtelijke jurisprudentie.

Schaffmeister leverde een bijdrage aan de bundel die werd uitgebracht ter voorbereiding van een symposium over de plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. In zijn artikel beschreef hij de rol van de Hoge Raad en de ontwikkeling van het cassatierecht in strafzaken.⁸⁰⁵ In diezelfde bundel beschreef Van Dijk de houding van (onder meer de strafkamer van) de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens.⁸⁰⁶ De Jong beschouwde in het themanummer van Delikt en Delikwent, getiteld ‘150 jaar Hoge Raad’⁸⁰⁷ de positie van de verdachte in de cassatiefase. De toenmalige president van de Hoge Raad, Moons, schreef een stuk over de strafkamer van de Hoge Raad, waarin hij de ontwikkelingen in de jurisprudentie op het terrein van het strafprocesrecht besprak.⁸⁰⁸ Daarnaast hadden enkele jaren daarvoor de in dit werk al eerder genoemde artikelen van Van Veen, ‘De Hoge Raad vermag steeds meer’ en van Fokkens en Mulder, ‘Tussen crime control en due process of law’ het licht gezien. In deze artikelen bespraken deze auteurs de ontwikkeling van de jurisprudentie vanuit ongeveer hetzelfde oogpunt als hier is gekozen.

Kortom: omdat goed is na te gaan hoe de vlag er in 1988 bij hing, is dat een geschikt jaar om als startpunt te nemen bij onderzoek naar de ontwikkelingen in de jurisprudentie in de afgelopen decennia. Van daaruit kan worden gezien uit welke hoek de wind sindsdien is gaan waaien.

⁸⁰⁵ Schaffmeister, 1988:65-122.

⁸⁰⁶ Van Dijk, 1988:173-210.

⁸⁰⁷ De Jong, 1988.

⁸⁰⁸ Moons, 1988.

6.4 De ontwikkelingen tot aan het midden van de jaren tachtig

6.4.1 *Tot de tweede wereldoorlog*

Eerder in dit boek bleek dat de jurisprudentie van de Hoge Raad aan het begin van de vorige eeuw, gezien in het licht van de rechten en belangen van de verdachte, een niet helemaal eenduidig beeld vertoonde.⁸⁰⁹ Enerzijds begon de Hoge Raad in de jaren twintig het motiveringsvereiste meer inhoud te geven door motiveringen ook inhoudelijk te gaan toetsen, anderzijds maakte het ‘de auditu-arrest’⁸¹⁰ een enorme inbreuk op het onmiddellijkheidsbeginsel.⁸¹¹ Het spanningsveld tussen de rechten van de verdachte enerzijds en de belangen van de vervolging en de waarheidsvinding anderzijds was er ook toen al en voor beide had de Hoge Raad oog, zij het wellicht niet in dezelfde mate.

Fokkens en Mulder wijzen erop dat de jurisprudentie van de Hoge Raad in de jaren voor de tweede wereldoorlog star van karakter was, in die zin dat werd vastgehouden aan de bewoordingen van de wet. Een eenmaal daaraan gegeven uitleg werd consequent doorgevoerd, ook als de uitkomst evident onbillijk was.⁸¹²

De kans op processuele consequenties van tijdens de opsporing gemaakte fouten was gering. Weliswaar bewaakte de Hoge Raad wel de vormen die aan het wezen van het strafproces raken,⁸¹³ evenals het beginsel dat niemand aan zijn eigen veroordeling hoeft mee te werken, maar Fokkens en Mulder komen tot de conclusie dat tot 1945 al met al sprake was van een niet te rechtvaardigen asymmetrie tussen de bevoegdheden van het openbaar ministerie en de gerechtvaardigde belangen van de verdachte – ten koste van de laatste.⁸¹⁴

6.4.2 *Na de oorlog*

Na de oorlog kwam langzaam een verandering op gang in de richting van een ‘due process’. In 1949 deed zich een eerste aanwijzing van vernieuwing voor, toen de Hoge Raad de handelwijze van het OM voor het eerst toetste aan de goede

809 Zie Deel 2, hoofdstuk 3, paragraaf 3.2b. Wettelijke motiveringsverplichtingen: van formele naar inhoudelijke eisen.

810 HR 20 december 1926, NJ 1927, 85.

811 Door het toelaten van verklaringen van horen zeggen konden voortaan verklaringen van getuigen middels de vastlegging daarvan in een proces-verbaal in de procedure konden worden ingebracht. Waarschijnlijk ging de Hoge Raad met deze uitspraak in tegen de wil van de wetgever. Zie daarover Groenhuijsen, 1989:519, alsmede Fokkens en Mulder, 1984:4.

812 Fokkens en Mulder, 1984:5.

813 Als voorbeeld wordt genoemd het vormverzuim van het niet beraadslagen op de grondslag van de tenlastelegging.

814 Fokkens en Mulder, 1984:6-7.

procesorde.⁸¹⁵ In 1962 volgde het befaamde Bloedproef II-arrest waarin voor het eerst onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal van de bewijsvoering werd uitgesloten.⁸¹⁶ Ook begon de Hoge Raad het starre legisme van voor de oorlog te verlaten ten gunste van een redelijke beoordelingsvrijheid van de rechter, waardoor de omstandigheden van het geval een rol konden gaan spelen.⁸¹⁷ Die ontwikkeling werd bevorderd door de jurisprudentie betreffende het EVRM, die ruimte maakte voor een meer op beginselen gebaseerde jurisprudentie, en de wijziging van artikel 99 RO in 1963, waardoor de schending van het recht als cassatiegrond werd ingevoerd.⁸¹⁸

6.4.3 Vanaf de jaren zeventig: verbeterde processuele rechtsbescherming

De twee tendenzen die aldus zichtbaar werden, te weten de vrijere rechtsvinding en de toegenomen aandacht voor de rechtsbescherming van de verdachte, versterkten elkaar en kwamen na 1970 in een stroomversnelling terecht. Geheel in de geest van de tijd⁸¹⁹ volgden vooral op het gebied van het strafprocesrecht de vernieuwingen elkaar snel op. De Hoge Raad was met name actief op het terrein van de zorg voor de eerbiediging van processuele rechten van de verdachte. Van Veen vermoedde dat de achterliggende gedachte daarbij was ervoor te zorgen dat de verdachte ‘aan zijn recht komt, antwoord krijgt op zijn verweren, de gelegenheid krijgt zich te verdedigen, behandeld wordt in overeenstemming met de beginselen van het strafprocesrecht’.⁸²⁰ Dit streven uitte zich in de praktijk als volgt.

6.4.3.1 Afbrokkeling van de papieren muur

De Hoge Raad verscherpte de controle op de feitenrechter door achter de papieren muur te gaan kijken.⁸²¹ Aldus oefende hij voortaan controle uit op de betekening van dagvaardingen en oproepingen, op de rechtmatigheid van de bewijsvergaring (waarbij bewijsuitsluiting als sanctie op onrechtmatige verkrijging werd

815 HR 15 februari 1949, NJ 1949, 305 m.nt. B.V.A. Röling. Het betrof een inhaaldagvaarding. Fokkens en Mulder merken op dat de Hoge Raad vernietigde met een wetsystematisch argument, maar in wezen oordeelde dat de handelwijze van het OM in strijd was met een goede procesorde.

816 HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470.

817 Dit gebeurde bijvoorbeeld op het terrein van de samenloopregeling, aldus Fokkens en Mulder, 1984:11. Zij menen dat aldus de billijkheid weer in het recht werd binnengehaald.

818 Zie hierover ook hoofdstuk 1, onder 1.4.2.

819 Moons vermoedde dat deze ontwikkeling nauw samenhang met de overgang naar de massademocratie: de groeiende onwil om vormhandhaving te accepteren die niet uit het concrete belang te begrijpen valt. Verder noopten de sterk toegenomen mondigheid van de justitiabelen en klachten over klassenjustitie en dergelijke tot een verdergaande rechtvaardiging door de rechter van zijn beslissingen (Moons, 1988:98) Fokkens en Mulder noemen het klimaat van democratisering, bescherming van privacy, een algemene wens voor betere rechtsbescherming tegen de overheid. (Fokkens en Mulder, 1984:12).

820 Van Veen, 1981:392.

821 Zie hierover ook Deel 2, hoofdstuk 4, Het onderscheid tussen feiten en recht en de rol van dit onderscheid bij de toetsing in cassatie, onder 1. Inleiding.

aanvaard),⁸²² op eventuele denaturering van bewijs en op zorgvuldige naleving van in het belang van de verdediging gegeven vormvoorschriften.⁸²³

6.4.3.2 *Versoepling van eisen aan rechtsmiddelen*

Op het gebied van de rechtsmiddelen werd de Hoge Raad toegeeflijker: het niet-verwijtbaar te laat, of op onjuiste wijze instellen van rechtsmiddelen leidde niet langer tot niet-ontvankelijkheid van de verdachte in zijn beroep. Ook werd voortaan rekening gehouden met de kennelijke bedoeling van de verdachte, bijvoorbeeld wanneer hij geacht mocht worden zijn beroep beperkt te hebben willen instellen.⁸²⁴

6.4.3.3 *Verzwarend van motiveringseisen*

Versteviging van de rechtsbescherming vond bovendien plaats door verzwarend van de motiveringseisen op allerlei gebied. Zo ging de Hoge Raad van de lagere rechter verlangen dat hij verweren beoordeelde naar de strekking ervan, al waren ze juridisch imperfect geformuleerd. Dat betekende dat bijvoorbeeld voortaan een verweer dat begrepen moest worden als een beroep op overmacht, al viel dat woord niet, gemotiveerd moest worden verworpen.⁸²⁵ Ook begon de opbouw van de jurisprudentie inzake de bewijsmotivering met het Meer en Vaart-arrest uit 1972,⁸²⁶ verder uitgebouwd met het Dakdekkersarrest uit 1982.⁸²⁷ Voor de strafmotivering kon niet altijd meer worden volstaan met standaardformuleringen. Zoals Moons het formuleerde: ‘Het “freies ermessen” van de feitenrechter was groot, daarom moest hij goed motiveren’.⁸²⁸

6.4.3.4 *De beginselen van een goede procesorde*

De beginselen van een goede procesorde als toetssteen voor het optreden van het openbaar ministerie vonden definitief ingang, waarbij werd erkend dat ook een zeer onbehoorlijke gang van zaken tijdens de opsporing zou kunnen leiden tot niet-

822 In 1978 werd duidelijk dat uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal door de Hoge Raad werd aanvaard. Zie HR 18 april 1978, NJ 1978, 365. Dat daaronder ook de ‘fruits of the forbidden tree’ werden verstaan blijkt bijv. uit HR 7 april 1981, NJ 1981, 443, waarin de Hoge Raad een oordeel tot gebruik van een bekennende verklaring na onrechtmatige binnentreding en beslagname in stand liet, omdat niet aannemelijk was geworden dat verdachte uitsluitend door het voorhouden van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal tot zijn bekentenis was gekomen en hij die bekentenis bij de rechter-commissaris en ter terechtzitting had herhaald.

823 Een voorbeeld daarvan was het verstrekken van stukken aan de raadsman: dat was een voorschrift dat niet met nietigheid was bedreigd. De Hoge Raad bepaalde dat de feitenrechter bij twijfel moest onderzoeken of het voorschrift was nageleefd en dat moest worden aangehouden als dat niet het geval was, tenzij mocht worden aangenomen dat van het aanwezigheidsrecht afstand was gedaan.

824 Zie Van Veen, 1981:391 en Fokkens en Mulder, 1984:20.

825 Zie bijvoorbeeld HR 4 januari 1977, NJ 1977, 401.

826 HR 1 februari 1972, AA 1973, 514-519.

827 HR 16 februari 1982, NJ 1982, 411.

828 Moons, 1988:103.

ontvankelijkheid.⁸²⁹ Ook andere ongeschreven rechtsbeginselen, zoals de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, werden voor het eerst als toetssteen gehanteerd.⁸³⁰

6.4.3.5 *Invloed van het EVRM*

Ten slotte werd de werking van het EVRM steeds merkbaarder,⁸³¹ vooral in de jaren tachtig.⁸³² De jurisprudentie inzake de redelijke termijn was hiervan het belangrijkste voorbeeld, waarin Van Dijk overigens naast een rechtsbeschermend element, ook een sterker wordend 'raison d'état-benadering' ontwaarde.⁸³³ Daarnaast kan gewezen worden op de erkenning van het aanwezigheidsrecht en het recht om bij verstek in geval van 'klemmende redenen' de raadsman het woord te laten voeren.⁸³⁴

De Jong onderzocht of de hiervoor genoemde uitbreidingen van de beoordelingsruimte ook hadden geleid tot afname van de bescherming die door de Hoge Raad van oudsher aan de verdachte werd gegeven door voor hem gunstige uitspraken niet aan te tasten (omdat de beoordeling in cassatie nu eenmaal slechts gecontroleerd wordt op fouten en het niet de bedoeling is de zaak opnieuw te behandelen). Zijn conclusie luidde dat dit beslist niet het geval was.⁸³⁵

829 Zie Fokkens en Mulder, 1984:23, verwijzend naar onder meer HR 22 december 1981, NJ 1982, 459 m.nt. G.E.M. In dat arrest vernietigde de Hoge Raad wegens een gebrekkig gemotiveerde verwerping van een beroep op niet-ontvankelijkheid wegens diverse inbreuken op verdedigingsrechten. Ook uit HR 29 mei 1979, NJ 1979, 495 valt de erkenning van genoemd uitgangspunt al af te leiden.

830 Zie bijvoorbeeld HR 12 december 1978, NJ 1979, 142. G.E. Mulder behandelt de toenemende invloed van rechtsbeginselen in zijn noot bij dit arrest.

831 Van Dijk constateerde dat vóór 1980 de Hoge Raad toepassing van het EVRM bij voorkeur leek te vermijden. Slechts één maal kwam hij in de periode tussen de inwerkingtreding van het verdrag en genoemd jaartal tot de bevinding dat een mensenrechtenverdrag was geschonden en wel in een arrest uit 1974, omdat het feit dat aan de verdachte onvoldoende informatie was verstrekt omtrent de tegen hem ingebrachte beschuldiging strijd opleverde met art. 6 lid 3 sub a EVRM (HR 23 april 1974, NJ 1974, 272). De Hoge Raad schorste de vervolging totdat de informatie alsnog zou zijn verstrekt. Zie Van Dijk, 1988:183.

832 Van Dijk acht de waarschijnlijke verklaring hiervoor dat dit het resultaat was van het juridische onderwijs en de doctrine. Zie Van Dijk, 1988:184.

833 Van Dijk, 1988:192-193.

834 Zie Van Veen, 1981:391, waar hij wijst op HR 29 november 1977, NJ 1978, 548, resp. HR 26 februari 1980, NJ 1980, 246.

835 Dat leidde hij af uit het feit dat geen motiveringsvereiste werd ingevoerd voor opmerkelijk lichte straffen of vrijspraken. Evenmin werd uitbreiding gegeven aan de categorieën van onzuivere vrijspraken. Hij meende zelfs een beetje meer bescherming te ontwaren in de gemakkelijke bereidheid van de Hoge Raad de omvang van het cassatieberoep van de verdachte beperkt uit te leggen wanneer daaronder voor deze gunstige uitspraken vallen. Uit oudere jurisprudentie maakte hij op dat dat daarvóór iets minder vanzelfsprekend was. Verder zag hij een toegenomen neiging het OM te houden aan voorgestelde middelen en niet ambtshalve ten nadele van verdachte te casseren. Dat laatste leek hem overigens eerder een strategisch middel te zijn dan een principiële kwestie. Zijn indruk was dat de Hoge Raad deze regel gebruikte als buffer: in bepaalde individuele strafzaken kon een redelijke en billijke oplossing worden bereikt door de door het OM voorgestelde cassatiemiddelen (zeer) streng te interpreteren, of door deze juist (zeer) welwillend en ruim uit te leggen.

Als gezegd vonden de ontwikkelingen eigenlijk volledig op het terrein van het strafprocesrecht plaats. Moons wees erop dat de strafkamer meende zich daar een grotere vrijheid tot creatieve interpretatie te mogen veroorloven dan op dat van het materiële strafrecht. Op het gebied van het materiële strafrecht speelde het legaliteitsbeginsel nog steeds een sterke rol, waardoor de Hoge Raad geneigd was tot restrictief interpreteren.⁸³⁶ Over het algemeen werd binnen het materiële strafrecht een behoedzame koers gevolgd, zeker op gebieden ten aanzien waarvan binnen de maatschappij grote verschillen in opvatting bestonden.⁸³⁷ Gezien het feit dat het legaliteitsbeginsel een sterk rechtsbeschermend karakter heeft, was deze koers van de Hoge Raad voor de verdachte in het algemeen niet ongunstig.

6.4.4 *Niet alleen maar verbetering van rechtsbescherming*

Intussen was het niet zo dat in de besproken periode de rechtspositie van de verdachte in de jurisprudentie van de Hoge Raad alleen maar verbeterde.

6.4.4.1 *Bevordering van doelmatigheid*

Als voorbeelden van uitspraken die meer de ‘crime control’ bevorderden noemden Fokkens en Mulder het toelaten tot het bewijs van in afwezigheid van de verdediging afgelegde anonieme verklaringen⁸³⁸ en de aanvaarding van het beletten van vragen naar de identiteit van informanten.⁸³⁹ Bewijsvergaring door een infiltrant (de undercover-agent) werd eveneens aanvaardbaar geacht.⁸⁴⁰ Ook Moons wees op aspecten in de jurisprudentie die strekten tot bevordering van de waarheidsvinding en van de doelmatigheid van het procesrecht: de de-audit jurisprudentie; ‘moderne’ behandeling van vormvoorschriften om aan niet-doelmatige cassaties en verwijzingen te ontkomen; reparatie van ondergeschikte onvolkomenheden in de tenlastelegging of de bewezenverklaring, tenminste, wanneer de strafkamer overtuigd was van de materiële juistheid van de bestreden uitspraak; het ‘verstaan’ van bepaalde ongelukkige overwegingen van de feitenrechter zoals zij behoorden te

836 Moons noemde twee voorbeelden van dat laatste: voor strafbaarheid van doorrijden na ongeval heeft de HR opzet vereist, hoewel dat uit de tekst van de wet niet zozeer is af te leiden (HR 19 juni 1956, NJ 1956, 529). Voorts is de term ‘onttrekken aan de nasporing van de politie’ creatief beperkend uitgelegd (HR 18 januari 1977, NJ 1977, 256).

837 Moons illustreerde dat aan de hand van de arresten inzake de euthanasiekwesie (welk arrest door Schaffmeister nu juist als een markant voorbeeld van vrije rechtsvinding werd beschouwd) en Slavenburg. Bij dat laatste arrest nam de strafkamer de leidinggevende functionaris in bescherming tegen al te voortvarende aansprakelijkstelling door te verlangen dat die functionaris heeft geweten (en niet slechts hoefde te weten) van door de rechtspersoon begane strafbare feiten.

838 HR 4 mei 1981, NJ 1982, 268 m.nt. ThWvV.

839 HR 5 oktober 1982, NJ 1983, 297 m.nt. ‘tH. Het criterium voor het beletsel werd als volgt geformuleerd: ‘als de effectiviteit van de opsporing van ernstige feiten, welke het welzijn van de maatschappij in hoge mate bedreigen, ernstig wordt geschaad en/of de veiligheid van de informant ernstig wordt bedreigd.’

840 Zie Fokkens en Mulder, 1984:28. Zij meenden dat dit kon leiden tot strijd met het fair trial-beginsel.

luiden; het waar mogelijk zelf responderen op verweren die de feitenrechter onbeantwoord heeft gelaten; het genuanceerde beleid met betrekking tot onrechtmatig verkregen bewijs; de eveneens genuanceerde sanctie op schendingen van de redelijke termijn en ten slotte de ook al door Fokkens en Mulder genoemde toelating van anonieme getuigen en infiltranten.

6.4.4.2 *Geen harde sancties op vormverzuimen*

Zoals uit de zojuist weergegeven ‘doelmatigheidsaspecten’ van de jurisprudentie inzake fundamentele rechtsbeginselen al blijkt, erkende de Hoge Raad het recht op een eerlijk proces vooral als uitgangspunt en droeg hij de feitenrechter op daarmee rekening te houden.⁸⁴¹

Het is echter een misverstand te denken dat de Hoge Raad harde sancties voorstond wanneer dit recht was geschonden. Fokkens vermeldde in 1994 in een conclusie dat de Hoge Raad tot op dat moment nog nooit de niet-ontvankelijkheid wegens een processueel verzuim in de voorfase van de procedure had aanvaard.⁸⁴² Bewijsuitsluiting kwam alleen voor op het terrein van het onrechtmatig verkregen bewijs.⁸⁴³ Strafvermindering was als sanctie toen nog nauwelijks in gebruik.⁸⁴⁴

De vraag of een schending van niet met nietigheid bedreigde strafvorderlijke regels tot gevolgen moest leiden, beantwoordde de Hoge Raad aan de hand van het belangencriterium (was sprake geweest van schending van de belangen van de verdachte) of het procesordecriterium (was de schending in strijd geweest met een goede procesorde).⁸⁴⁵ Hij ontwikkelde nog geen duidelijke criteria voor de toepassing van sancties.⁸⁴⁶

6.4.5 *Conclusie met betrekking tot de jurisprudentie tot aan 1988 en vooruitblik*

In de periode vanaf de zestiger en zeventiger jaren tot 1988 kreeg de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad, mogelijk onder invloed van de

841 Moons wees erop dat de methode om bij ernstige twijfel over de ontvankelijkheid van het OM de motiveringsplicht van de feitenrechter op te voeren al sinds 1930 werd gebezigd, te weten voor gevallen waarin de mogelijkheid van het verjaard zijn van de ten laste gelegde feiten rechtstreeks uit de tenlastelegging voortvloeide. Hij vond die methode ook toepasbaar in geval van mogelijke schending van fundamentele beginselen van een behoorlijke procesorde. Zie Moons, 1988:101. In de praktijk kwam het ook regelmatig voor dat de Hoge Raad een arrest wegens een motiveringsgebrek vernietigde wanneer niet of onvoldoende was ingegaan op een verweer strekkend tot niet-ontvankelijkheid wegens een dergelijke schending.

842 HR 29 maart 1994, NJ 1994, 577 m.nt. Sch.

843 Moons vond dat de schending van een fundamenteel rechtsbeginsel ook tot bewijsuitsluiting diende te leiden, maar praktijk was dat niet.

844 Alleen op het terrein van schending van de redelijke termijn had de Hoge Raad die mogelijkheid in 1987 geopend.

845 Zie hierover de noot van 't Hart bij HR 12 februari 1991, NJ 1991, 527.

846 In de literatuur werd daarover al wel gedacht, zie bijvoorbeeld Fokkens en Mulder, 1984:27-30. Als mogelijke sanctiebepalende factoren voor uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs noemden zij ten eerste aard en ernst van de inbreuk, ten tweede in hoeverre het bewijsmateriaal ook langs legale weg verkregen had kunnen worden en ten derde de ernst van het feit.

vrijgevochten tijdgeest, veel meer gestalte dan daarvoor. Dat gebeurde vooral op het terrein van het strafprocesrecht: het leek er de Hoge Raad om te gaan de moderne mondige burger te erkennen als volwaardige procespartij, ook in zijn rol van verdachte. Daartoe was het nodig te waarborgen dat hij een eerlijke en zorgvuldige procedure kreeg en dat de feitenrechter zijn uitspraak goed motiveerde. Het ging de Hoge Raad niet zozeer om een controle op de inhoud van de beslissing: het vaststellen en waarderen van de feiten bleef het terrein van de feitenrechter.

Ook op het terrein van het materiële recht konden rechtsbeschermende tendensen worden ontwaard, doordat strikt de hand werd gehouden aan het legaliteitsbeginsel. Dat leidde ertoe dat wettelijke normen eerder beperkend dan extensief werden uitgelegd.

Het belang van de waarheidsvinding bleef echter eveneens in de jurisprudentie tot uiting komen en ook bleef de Hoge Raad steeds oog houden voor doelmatigheid.⁸⁴⁷

De aanvaarding van processuele consequenties van onrechtmatigheden in de voorfase van de strafrechtelijke procedure leidde tot de aanvaarding van de ‘exclusionary rule’ en de theoretische mogelijkheid van niet-ontvankelijkheid.

De slinger tussen de bescherming van de rechten van het individu en de belangen van de gemeenschap, die in hoofdstuk 2 van dit boek al ter sprake kwam, ging in de periode tussen de zestiger jaren en 1988 al met al hoofdzakelijk in de richting van de bescherming van de rechten van het individu. Maar hoe ging dat verder?

Corstens, de huidige president van de Hoge Raad heeft aan deze vraag in november 2008 een lezing gewijd getiteld ‘Ontwikkelingen in 25 jaar strafprocesrecht in Nederland’.⁸⁴⁸ Hij stelde daarin dat, ondanks de repressieve wind die onmiskenbaar waait, per saldo toch kan worden gesproken van een versteviging van de positie van de verdachte, mede onder invloed van de Straatsburgse jurisprudentie. Hij leek te bedoelen dat de afgelopen 25 jaar de repressieve wind met name vanuit de politieke hoek komt en dat de Hoge Raad daartegen het nodige tegenwicht biedt.

In de volgende hoofdstukken zal worden onderzocht of die laatste opvatting gegrond is.

6.5 Thema’s in de jurisprudentie vanaf 1988 tot heden

De volgende thema’s komen in de navolgende hoofdstukken aan de orde.

⁸⁴⁷ Dat was niet nieuw. Een van de redenen voor de de auditu-jurisprudentie was doelmatigheid. En Van Bemmelen beschreef in 1938 al allerlei reparatieactiviteiten van de Hoge Raad. Zie hierover hoofdstuk 5, onder 5.2.3.

⁸⁴⁸ Ontwikkelingen in 25 jaar strafprocesrecht in Nederland. Voordracht mr. G.J.M. Corstens – Congres Universiteit van Tilburg, 28 november 2008. <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/-Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Pages/Ontwikkelingen-in-25-jaar-strafprocesrecht-in-Nederland.aspx>.

6.5.1 *Vormverzuimen*

De jurisprudentie over de processuele consequenties van fouten in de opsporingsfase ontwikkelde zich verder en de term ‘vormverzuimen’ werd daarvoor de verzamelterm. Voor de meeste rechtspraak op dit terrein zorgden (veronderstelde) fouten in de vorm van inbreuken op de privacy, zoals gewaarborgd in artikel 8 EVRM. Daarbij speelde het feit dat enerzijds de politie in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit de grenzen van het toelaatbare opzocht en anderzijds een inmiddels gespecialiseerde en assertieve strafrechtadvocatuur de confrontatie met justitie in de rechtszaal aanging een belangrijke rol. De Hoge Raad hakte vele knopen door en bouwde – ondersteund door de wetgever – een kader voor de beoordeling en afdoening van verweren terzake.

6.5.2 *Fair trial*

Een onderwerp dat in de periode voor 1988 nog geen grote rol speelde, maar in de afgelopen decennia wel, was het ‘fair trial’ begrip van artikel 6 EVRM. Een enorme hoeveelheid jurisprudentie ontstond over de interpretatie en toepasselijkheid van verschillende aspecten van deze bepaling, aangejaagd door raadslieden die zich te pas en te onpas beriepen op de jurisprudentie van het EHRM. Een zeer belangrijk onderwerp van de jurisprudentie in die categorie was het recht van de verdediging op ondervraging van getuigen, met daaraan gekoppeld de bruikbaarheid van getuigenverklaringen voor het bewijs. Andere aspecten van het ‘fair trial’ die een belangrijke rol speelden waren het aanwezigheidsrecht, de interne openbaarheid en het recht op rechtsbijstand. Deels overlapt dit onderwerp het onderwerp van de vormverzuimen.

6.5.3 *Overgang naar een meer contradictoir strafproces*

Een ander opvallend thema was de verdere uitbreiding van de motiveringsverplichtingen, met name op het gebied van het bewijs. Zo werd het lijstje van responsieplichtige verweren gestaag uitgebreid en bracht de invoering van de responsieplicht met betrekking tot uitdrukkelijk onderbouwde standpunten de Hoge Raad er zelfs toe de voorheen schier onaantastbare vrijheid van de feitenrechter bij de selectie en waardering te doorbreken, door in sommige gevallen ook daarvan verantwoording te eisen. Tezamen met de aanvaarding van de nieuwe wijze van bewijsmotivering in de Promis-uitspraken leidde dit tot grote veranderingen in de motiveringscultuur.

Nieuw en belangrijk was dat de Hoge Raad een tegenhanger creëerde voor de strengere motiveringseisen in de vorm van een nieuwe strengheid ten aanzien van de verdediging⁸⁴⁹: de term ‘contradictoir strafproces’ kwam in zwang. Van de verdediging werd in toenemende mate een actieve houding verwacht en ook ging de Hoge Raad eisen stellen aan de manier waarop dat gebeurde, door de responsieplicht

⁸⁴⁹ Mogelijk een gevolg van het project Strafvordering 2001, waarin iets dergelijks werd bepleit.

van de rechter te verbinden aan een juiste wijze van het inkleden van verweren, met name waar het vormverzuimen en uitdrukkelijk onderbouwde standpunten betrof. Ook werd de Hoge Raad na de invoering van de verplichte rechtsbijstand in cassatie aanzienlijk terughoudender met de ambtshalve cassatie.

6.5.4 *Materieelrechtelijke onderwerpen*

Ten slotte was opvallend dat de Hoge Raad zijn vroegere terughoudendheid met betrekking tot het materiële strafrecht liet varen. Materieelrechtelijke onderwerpen leken zeker in de tweede helft van de onderzochte periode bijzondere aandacht van Hoge Raad te krijgen. Opvallend actief was de Hoge Raad in het formuleren en aanscherpen van jurisprudentie over het voorwaardelijk opzet en noodweer(exces), maar ook op talloze andere deelonderwerpen zette hij lijnen uit. Dat betrof zowel algemene leerstukken, als concrete misdrijven. Het geven van een volledig overzicht is helaas onmogelijk. Daarom is de bespreking beperkt tot een enkele representatieve voorbeelden van beide categorieën: naast het voorwaardelijk opzet en het noodweer(exces) komt aan de orde jurisprudentie over medeplegen, voorbereidingshandelingen, zedendelicten, deelneming aan een criminele organisatie en het plegen van openlijk geweld.

7 Vormverzuimen

7.1 Inleiding

De jurisprudentievorming op het terrein van de vormverzuimen was een groot thema in de strafrechtelijke jurisprudentie vanaf de jaren tachtig (en daarvoor) tot aan grofweg 2004, toen de Hoge Raad het standaardarrest over artikel 359a Sv wees. Het debat speelde zich in eerste instantie voornamelijk af in het kader van de beoordeling van nieuwe opsporingsmethoden die pas later in de wet werden vastgelegd.⁸⁵⁰ Het gebruik van deze toen dus nog buitenwettelijke methoden, alsmede het feit dat veelal getracht werd die buiten het procesdossier te houden, vormden stof voor uitvoerig debat in de rechtszaal. Daarbij ging het de verdediging vaak niet alleen om de al dan niet rechtmatigheid van de bewijsverkrijging in enge zin, maar ook om de integriteit van de opsporing.⁸⁵¹

Voor wat betreft de rol van de Hoge Raad in dit alles werd eerder al geconstateerd dat hij vanaf de jaren zestig tot aan het eind van de jaren tachtig uitbreiding gaf aan het aantal gevallen waarin procedurele gebreken in de voorfase van het strafproces tot gevolgen in het strafproces konden leiden. Hij hanteerde destijds twee criteria om te bepalen of een in enige fase van de procedure voorgevallen verzuim tot enig gevolg moest leiden (als het tenminste geen formele nietigheid meebracht), te weten het belangencriterium en het procesordecriterium.⁸⁵² Met andere woorden: de Hoge Raad achtte het van belang of de verdachte door het verzuim in zijn belangen was geschaad en of de goede procesorde (in relevante mate) was geschonden.

De afgelopen twee decennia stond de jurisprudentie vooral in het teken van de opbouw van een systeem voor de rechterlijke reactie op vormverzuimen. Maar dat was niet het enige. De Hoge Raad moest ook inhoudelijk oordelen over nieuwe opsporingsmethoden, waarvan de verdediging veelal stelde dat die onrechtmatig en in strijd met rechtsbeginselen en grondrechten – in het bijzonder de privacyrechten van artikel 8 EVRM – van de verdachten waren. In het nu volgende overzicht

850 Wet van 27 mei 1999 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van enige bijzondere bevoegdheden tot opsporing en wijziging van enige andere bepalingen (bijzondere opsporingsbevoegdheden), *Stb.* 1999, 245.

851 Dat was overigens niet nieuw. Rond het begin van de jaren tachtig leidde de problematiek van de undercover-agent al tot soortgelijke verweren, zie bijv. HR 4 december 1979, NJ 1980, 356 m.nt. ThWvV en HR 14 september 1981, NJ 1981, 643 m.nt. ThWvV.

852 Zie de noot van 't Hart bij HR 12 februari 1991, NJ 1991, 527). Hij noemt als voorbeeld van het gebruik van deze criteria HR 2 maart 1982, NJ 1982, 460 m.nt. Th.W.v.V.

worden beide aspecten van de jurisprudentie over vormverzuimen achtereenvolgens beschouwd.

7.2 De sanctionering van ‘vormverzuimen’

In de aanvang van de onderzochte periode had de Hoge Raad in concrete gevallen al meermalen aanvaard dat onrechtmatig verkregen bewijs niet mocht bijdragen aan een veroordeling. In algemene zin had hij de vraag tot welke gevolgen onrechtmatigheden in het vooronderzoek moesten leiden echter nog niet beantwoord. Daarin is in de afgelopen 20 jaar verandering gekomen.

7.2.1 *De introductie van de Schutznorm*

Deze ontwikkeling begon met het introduceren van de Schutznorm. Daarmee werd het belangencriterium, dat al langer gehanteerd werd bij het bepalen van de gevolgen van schending van niet met nietigheid bedreigde strafvorderlijke procedureregels, voortaan ook toegepast op normschending in de opsporingsfase.

De eerste voortekenen daarvan waren al zichtbaar in 1962, toen de Hoge Raad voor het eerst aanvaardde dat fouten in de voorfase van het strafproces tot gevolgen in dat proces konden leiden. Dat gebeurde in het Bloedproef II-arrest,⁸⁵³ het eerste arrest waarin de Hoge Raad de ‘exclusionary rule’ omarmde. In dat arrest werd over het belang van de verdachte weliswaar niet expliciet gerept, maar in de bewoordingen van de dragende overwegingen kan worden gelezen dat het feit dat de onrechtmatigheid inbreuk maakte op een (grond)recht van de burger voor de Hoge Raad relevant was.⁸⁵⁴

Het duurde echter nog bijna 30 jaar voor hij zich hierover – in een totaal andere tijdgeest – in algemene zin uitsprak. Aan het eind van de tachtiger jaren gaven

⁸⁵³ HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470.

⁸⁵⁴ De Hoge Raad oordeelde dat het resultaat van een onderzoek aan bloed, dat zonder toestemming van de verdachte van hem was afgenomen, niet aan het bewijs mocht meewerken zo lang het afnemen van bloed niet bij wet was geregeld. Hij overwoog hiertoe dat het afnemen van bloed niet viel onder ‘onderzoek aan het lichaam’ als bedoeld in art. 56 Sv en dat, mede gezien het gematigd accusatoir stelsel van het Wetboek van Strafvordering, de burger geen verdergaande ingrepen van opsporingsambtenaren hoeft te dulden, dan die, welke bij wet uitdrukkelijk aan die ambtenaren zijn toegekend.

verschillende advocaten-generaal hiertoe al een voorzet⁸⁵⁵ en in 1990 koos de Hoge Raad positie met het in stand laten van het oordeel dat het schenden van wettelijke waarborgen ten behoeve van bewoners van een perceel bij een huiszoeking ‘geenszins’ meebrengt dat de resultaten daarvan ook onrechtmatig zijn ten opzichte van anderen dan de bewoners.⁸⁵⁶ Met andere woorden: om tot bewijsuitsluiting te kunnen beslissen moest het niet alleen gaan om een onrechtmatigheid die inbreuk maakte op een (grond)recht van een burger, die burger moest ook nog de verdachte zijn.

In 1994 volgde een soortgelijke beslissing ten aanzien van een (onrechtmatige) ‘printertap’ met betrekking tot telefoonverkeer waaraan anderen dan de verdachte hadden deelgenomen.⁸⁵⁷ Zowel in hoger beroep als in cassatie was in deze zaak een gemotiveerd beroep gedaan op artikel 8 EVRM en de daaraan gerelateerde jurisprudentie van het EHRM, maar dat mocht niet baten. Het hof verwierp dit verweer met een enkele verwijzing naar de Schutznorm. De Hoge Raad achtte die grond toereikend en motiveerde ook zelf nauwelijks nader.⁸⁵⁸

7.2.2 Eerste algemene regel voor gevolgen onrechtmatige bewijsverkrijging

Eveneens in 1994 deed de Hoge Raad voor het eerst uitspraak over een inijkoperatie in een Opiumwetzaak. In hoger beroep was gesteld dat de politie onbevoegd was binnengetrepen in een loods, kennelijk om te kijken of zich daar een handelsvoorraad bevond.⁸⁵⁹ Het hof verwierp dit verweer met de overweging dat onrechtmatig optreden door de politie niet aannemelijk was geworden. De verdachte kwam hiervan in cassatie. Het beroep slaagde, omdat de Hoge Raad van oordeel bleek te zijn dat de feitenrechter een onderzoeks- en motiveringsverplichting heeft terzake van verweren strekkend tot niet-ontvankelijkheid of bewijsuitsluiting

855 In zijn conclusie bij HR 7 juni 1988, NJ 1988, 987 bepleitte advocaat-generaal Leijten dat onrechtmatig verkregen bewijs alleen van de bewijsvoering moet worden uitgesloten als de onrechtmatige gedraging indruiste tegen een subjectief en fundamenteel recht van de verdachte. De Hoge Raad kwam echter toen aan dit punt niet toe. In zijn conclusie bij HR 18 oktober 1988, NJ 1989, 306 stelde ook advocaat-generaal Meijers dat voor uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs nodig is dat verdachte door de onrechtmatigheid in zijn belang is getroffen. Meijers stelde: ‘Het hof gaat terecht ervan uit dat voor uitsluiting van bewijsmateriaal dat uit onrechtmatig handelen is verkregen nodig is dat – zoals Lensing in DD 1985, p. 23, zegt – “het belang getroffen is dat het overtreden voorschrift beoogt te beschermen”. Het hof heeft vastgesteld dat verzoekers belang bij een eventueel misbruik van bevoegdheden jegens P. niet is aangetast. Aan die vaststelling zou de HR, als hij aan een beoordeling van de subsidiaire overweging zou toekomen, niet tornen.’ Ook nu werd niet duidelijk of de Hoge Raad dit onderschreef.

856 HR 18 december 1990, NJ 1991, 343 m.nt. ThWvV. Dit oordeel van het hof gaf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

857 HR 15 maart 1994, NJ 1994, 511. Het hof had het verweer zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting op toereikende grond verworpen.

858 Waarbij de Hoge Raad overwoog dat het hof niet had vastgesteld dat inlichtingen waren verschaft omtrent telefoonverkeer waaraan de verdachte had deelgenomen en dat dit ook niet in feitelijke aanleg was aangevoerd. Op hetgeen in het middel werd gesteld omtrent de jurisprudentie van het EHRM ging hij niet in.

859 De meer inhoudelijke kant van dit arrest en van een aantal hierna in deze paragraaf aan de orde komende arresten wordt hieronder besproken onder 7.3.

vanwege een onrechtmatige inijkoperatie.⁸⁶⁰ Het hof had daaraan niet voldaan en de Hoge Raad vernietigde dan ook het arrest.⁸⁶¹

De Hoge Raad zag bovendien aanleiding om de eerste algemene ‘uitgangspunten’ ten aanzien van de gevolgen van onrechtmatige bewijsverkrijging te formuleren.⁸⁶² Die hielden in dat onrechtmatig optreden er in de regel toe dient te leiden dat de rechter onderzoekt of bewijsuitsluiting aan de orde is. Dat kon alleen het geval zijn indien de bewijsverkrijging het uitsluitende gevolg was van de onrechtmatigheid en de verdachte getroffen was in het belang dat de overtreden norm beschermt. De Hoge Raad voegde daar, mogelijk in antwoord op de in die tijd wel ingenomen stelling dat toepassing van het belangen criterium in geval van ernstige normschending niet zou volstaan,⁸⁶³ aan toe dat slechts tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie kan worden besloten wanneer sprake is van ernstige schending van de beginselen van behoorlijke procesorde. Vermeldenswaard is nog dat het feit dat de opsporingsambtenaren van hun inijkoperatie geen proces-verbaal hadden opgemaakt, meewoog bij de overweging dat een eventueel (later) oordeel van het hof dat zij tot het inijkken bevoegd waren zonder nadere motivering niet begrijpelijk zou zijn.⁸⁶⁴

7.2.3 *Het Zwolsman-arrest*

Deze jurisprudentie werd in 1995 verder uitgewerkt in het bekende Zwolsman-arrest,⁸⁶⁵ dat werd gewezen in de roerige periode van de parlementaire enquête naar de IRT-affaire. Dit arrest had een nog duidelijker rechtsvormend karakter: de Hoge

860 In die gevallen moest de rechter eerst vaststellen of aannemelijk was dat de opsporingsambtenaren de desbetreffende plaats hebben betreden. Zo ja, dan moest hij onderzoeken of en zo ja op grond van welke wettelijke bepaling die ambtenaren daartoe bevoegd waren en van dat onderzoek in zijn uitspraak verantwoording afleggen.

861 De motivering van het hof was ontoereikend, omdat in het midden bleef of het hof het onaannemelijk achtte dat de politie in de loods was geweest, of dat het ervan uitging dat de politie daar wel was geweest, maar daartoe ook bevoegd was. Beide mogelijke oordelen vond de Hoge Raad bovendien niet zonder meer begrijpelijk. Knigge merkte daarover onder meer op dat het opmerkelijk was dat de Hoge Raad overwoog dat de eventuele feitelijke vaststelling onbegrijpelijk zou zijn, nu een dergelijk oordeel in het algemeen aan de feitenrechter is voorbehouden. Nu het OM ter zitting de inijkoperatie had erkend, achtte de Hoge Raad een ongemotiveerd andersluidend oordeel kennelijk onacceptabel. Ook cassatietechnisch is de uitspraak dus interessant.

862 HR 31 mei 1994, NJ 1995, 29 m.nt. Kn.

863 Zie 't Hart in zijn noot bij HR 12 februari 1991, NJ 1991, 527. Hij verwijst op zijn beurt naar de bijdrage van Schalken aan de Rummelink-bundel (Schalken, 1989).

864 Knigge merkte hierover in zijn noot op dat in ons strafproces de rechtmatigheid van het optreden van politieambtenaren in beginsel wordt voorondersteld en daarom normaliter geen onderzoek behoeft. Hoewel de Hoge Raad zich daaromtrent niet expliciet uitliet, vermoedde Knigge dat het ontbreken van een behoorlijke verslaglegging zwaar heeft gewogen bij de omslag van vertrouwen naar wantrouwen, met de bijbehorende onderzoeksverplichting naar de rechtmatigheid van het optreden.

865 HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 m.nt. Sch.

Raad had de kennelijke bedoeling voor geruime tijd de grote lijnen uit te zetten en deed dat in een aantal ‘voorafgaande beschouwingen’.

In de eerste van die voorafgaande beschouwingen valt een belangrijk verschil met het zojuist besproken arrest uit 1994 op. Leek het uitgangspunt toen nog in te houden dat onrechtmatigheden in beginsel tot bewijsuitsluiting leiden, nu was de aanwijzing aan de feitenrechter dat hij zich na de vaststelling van onrechtmatig handelen eerst moest afvragen of daarop een processuele sanctie past. Pas als die vraag bevestigend was beantwoord (waarbij niet werd aangegeven welke factoren daarbij een rol zouden kunnen spelen) volgde de mogelijkheid van bewijsuitsluiting, mits aan het belangencriterium was voldaan. Niet-ontvankelijkheid werd als mogelijk gevolg niet uitgesloten, maar, zo formuleerde de Hoge Raad het bekende ‘Zwolsman-criterium’:

“Een zo ver gaande sanctie kan (...) slechts volgen indien sprake is van ernstige inbreuken op die beginselen (van een behoorlijke procesorde – AR), waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan.”

Hierdoor verbond de Hoge Raad het belangencriterium met het procesorde-criterium, in die zin dat ook de gevolgen van ernstige inbreuken op de behoorlijke procesorde afhankelijk werden gemaakt van het antwoord op de vraag of daardoor de belangen van de verdachte in zeer ernstige mate zijn geschaad. Enige uitleg waarom het procesorde-criterium aldus van het belangencriterium afhankelijk werd gemaakt ontbrak.

7.2.4 De spaarzame uitzonderingen op het Zwolsman-criterium

De toch al zeer terughoudende toepassing van de niet-ontvankelijkverklaring werd door middel van het Zwolsman-criterium dus nog verder aan banden gelegd. In de jaren die volgden is dit criterium door de Hoge Raad vrijwel consequent toegepast. Slechts in twee gevallen maakte hij daarop een uitzondering.

De eerste uitzondering, waarin (waarschijnlijk) alleen de schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde tot niet-ontvankelijkheid leidde was een roemruchte zaak uit 1997 waarin de meest omstreden van alle opsporingsmethoden was gehanteerd: de Deltamethode, of wel de ‘gecontroleerde doorlating’ van drugs.⁸⁶⁶ Daarover was door de opsporings-ambtenaren ter zitting in feitelijke aanleg gelogen. Nadat dit aan het licht was gekomen oordeelde het hof dat aldus de rechter opzettelijk was misleid en dat de advocaat-generaal die daarbij aanwezig was hiervan op de hoogte moest zijn geweest, maar niet had ingegrepen. Dat was voor het hof reden te besluiten tot de sanctie van niet-ontvankelijkheid. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand onder verwijzing naar het Zwolsman-criterium. Het verdedigingsbelang werd echter door het hof noch door de Hoge Raad expliciet genoemd en lijkt hier hooguit een ondergeschikte rol te hebben gespeeld.

⁸⁶⁶ HR 4 februari 1997, NJ 1997, 308 m.nt. Sch.

De tweede uitzondering, waarin het belangen criterium expliciet geen rol speelde bij de beslissing tot niet-ontvankelijkheid, was het Karman-arrest uit 1999.⁸⁶⁷ De toezegging aan de verdachte een eventueel door de strafrechter op te leggen gevangenisstraf niet te zullen executeren was naar het oordeel van de Hoge Raad zozeer in strijd met de grondslagen van het strafproces en met name met de wettelijke verdeling van bevoegdheden tussen het openbaar ministerie en de rechter, dat niet-ontvankelijkheid hier op haar plaats was. Dat de belangen van de verdachte door de afspraak niet waren geschonden deed daar niet aan af. Het belang van de gemeenschap bij de inachtneming van het wettelijk systeem bij de berechting van strafzaken en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen was waar het hier om ging.

Van belang is nog dat de Hoge Raad in dit arrest het begrip ‘vormverzuim’ uit het in 1996 ingevoerde artikel 359a Sv definieerde.⁸⁶⁸ Met een beroep op de wetsgeschiedenis overwoog hij dat het begrip ‘vormverzuim’ ruim moet worden opgevat en dat daaronder ook normschendingen bij de opsporing zijn begrepen.

7.2.5 *Consequente toepassing van het Zwolsman-criterium*

Al snel bleek dat het toepassingsbereik van het ‘Karman-criterium’ zeer beperkt was. In 2001 en 2002 sneuvelde arresten van hoven waarin tot niet-ontvankelijkheid werd besloten wegens schending van de geheimhoudersverplichting tijdens een huiszoeking⁸⁶⁹ respectievelijk de weigering van de officier van justitie gevolg te geven aan de opdracht van de rechter een informant op te roepen voor verhoor door de rechter-commissaris.⁸⁷⁰ De Hoge Raad achtte beide gevallen niet vergelijkbaar met de situatie in het Karman-arrest.⁸⁷¹ Ook nadien is het

867 HR 1 juni 1999, NJ 1999, 567 m.nt. Sch. Het betrof een OM-cassatie. Het oordeel van het hof, dat inhield dat sprake was van een ernstige inbreuk op de beginselen van een behoorlijke procesorde waarop niet-ontvankelijkheid moest volgen gaf geen blijk van een verkeerde rechtsopvatting en was toereikend gemotiveerd.

868 De bepaling trad in werking op 2 november 1996.

869 HR 3 juli 2001, NJ 2002, 8 m.nt. Sch. OM-cassatie. De Hoge Raad vernietigde wegens ontoereikende motivering.

870 HR 25 juni 2002, NJ 2002, 518 m.nt. Sch. Ook hier betrof het een OM-cassatie die leidde tot vernietiging wegens ontoereikende motivering.

871 In het tweede geval achtte hij echter niet-ontvankelijkheid toch op haar plaats om een andere reden: in artikel 349 tweede lid Sv is die sanctie gesteld op een weigering van de officier van justitie een getuige op te roepen voor de openbare terechtzitting. Redelijke wetstoepassing bracht naar zijn oordeel mee dat dat gevolg ook in casu zou moeten gelden. Annotator Schalken vond die analoge toepassing helemaal niet zo voor de hand liggend en meende dat de Hoge Raad in zijn ijver om herhaalde toepassing van het Karman-criterium te voorkomen eigenlijk het wettelijk systeem op zijn kop zette, door een situatie te creëren waarin politie en openbaar ministerie in wezen zelf kunnen bepalen wie onder welke voorwaarden als getuigen zullen worden gehoord.

Karman-arrest een eenzame zwaluw gebleven.⁸⁷² Als gezegd hield (en houdt) de Hoge Raad normaliter strak de hand aan de belangenafweging die het Zwolsman-criterium voorschrijft.⁸⁷³

Opmerking verdient nog dat de gecontroleerde doorlating weliswaar bij wet werd verboden, maar dat de Hoge Raad in arresten uit 2002 oordeelde dat dit verbod niet in het leven was geroepen in het belang van de verdachte en dat de verdachte daarom geen rechtens te beschermen belang had bij de naleving daarvan.⁸⁷⁴ Buruma constateerde in zijn noot dat deze arresten (vrijwel) het eind vormden van de rechterlijke toetsing van dit verbod.

In drie uitspraken van 29 juni 2010 verklaarde opnieuw een hof het openbaar ministerie mede wegens ernstige schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde niet-ontvankelijk.⁸⁷⁵ Deze uitspraken betroffen een zaak waarin sprake was geweest van de inzet van een betaalde criminele burger-informant, die een van de verdachten in deze zaak had uitgelokt om vals geld te leveren. Deze verdachte had via via de twee andere verdachten benaderd, die uiteindelijk valse biljetten hadden geleverd. De informant was bij zijn activiteiten volstrekt onvoldoende begeleid en gecontroleerd. De verdediging en de rechter waren daarover ook nog eens veel te laat en onvoldoende door het openbaar ministerie geïnformeerd. Het hof verklaarde het openbaar ministerie – met hantering van het Zwolsman-criterium – in alle drie de zaken niet-ontvankelijk. Het overwoog dat gebleken was van gebrekkige controle zowel door de CIE op de informant als door het openbaar ministerie op de CIE, tengevolge waarvan respectievelijk de uitlokking kon plaatsvinden en de uitgelokte, omdat de uitlokking pas laat bekend werd, te lang in hechtenis zat. Bovendien was een publiek belang geschonden, te weten de integriteit van de overheid. Het hof achtte dit een ernstig probleem en had zich kennelijk geërgerd aan het feit dat de CIE zelf, noch het openbaar ministerie ervan blijk had gegeven dit in te zien. Het leek of dit mede de reden voor de niet-ontvankelijkverklaring was.⁸⁷⁶ Het openbaar ministerie ging in cassatie.

De Hoge Raad herhaalde zijn standaardjurisprudentie met betrekking tot artikel 359a Sv en overwoog dat aan het Zwolsman-criterium is voldaan wanneer de politie, of iemand die onder verantwoordelijkheid van de politie handelt, de verdachte tot strafbaar handelen heeft uitgelokt. In de zaak van de uitgelokte verdachte was daarvan sprake geweest en bleef de niet-ontvankelijkverklaring in stand. In de andere zaken werden de uitspraken echter vernietigd, omdat de Hoge Raad van oordeel was dat uit de overwegingen van het hof niet kon blijken dat aan het recht op een eerlijk proces van deze verdachten was tekortgedaan. Dit ondanks een

872 Buruma stelt in zijn noot bij HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 zelfs dat het Karman-arrest is 'ingehaald' door HR 8 april 2003, NJ 2003, 349. In dat arrest was echter aan de betreffende kroongetuige toegezegd dat niet zou worden getracht een eventueel vonnis tegen haar buiten het Koninkrijk der Nederlanden ten uitvoer te leggen, waardoor die zaak toch iets anders ligt.

873 Zie met name de zaak tegen Verhoek, waarin het hof een zelfstandig procesorde-criterium als maatstaf hanteerde. De Hoge Raad corrigeerde dat (HR 6 april 1999, NJ 1999, 565 m.nt. Sch).

874 HR 2 juli 2002, NJ 2002, 602 m.nt. YB en HR 28 mei 2002, NJ 2002, 601.

875 HR 26 juni 2010, NJ 2010, 440, 441 en 442 m.nt. Schalken.

876 Het overwoog: 'Teneinde zowel het CIE als het OM te doordringen van de ernst van de situatie, kiest het hof voor de zwaarst mogelijke sanctie, namelijk de niet-ontvankelijkheid van het OM'.

andersluidende conclusie van de AG Jörg. Deze vond het oordeel van het hof, dat het wettelijk systeem hier in de kern was geraakt en dat niet-ontvankelijkheid daarom op haar plaats was in het licht van het Zwolsman-criterium niet onbegrijpelijk. De Hoge Raad overwoog echter dat hetgeen het hof ‘voorts nog’ had overwogen en ‘in het bijzonder zijn keuze van de zwaarst mogelijke sanctie teneinde de CIE en het OM te doordringen van de ernst van de situatie’ onvoldoende grond voor niet-ontvankelijkheid opleverde.⁸⁷⁷

7.2.6 *Terugdringing van bewijsuitsluiting als sanctie*

In de periode tussen het Zwolsman-arrest en het standaardarrest over 359a Sv uit 2004 werd de bewijsuitsluiting als sanctie ook steeds verder teruggedrongen.

In 2001 oordeelde de Hoge Raad dat voor bewijsuitsluiting na onrechtmatig binnentreden in beginsel geen plaats is als de verbalisanten verontschuldigbaar dwaalden ten aanzien van hun bevoegdheid.⁸⁷⁸ In een zaak uit 2002, waarin een machtiging tot binnentreden eerst achteraf was afgegeven, oordeelde de Hoge Raad weliswaar dat het oordeel van het hof dat dit aan de bevoegdheid tot binnentreden niet afdeed onjuist was, maar instrueerde hij de verwijzingsrechter dat dit niet zonder meer tot bewijsuitsluiting hoefde te leiden.⁸⁷⁹

Eveneens in 2002 besloot een hof te volstaan met strafvermindering wegens een onrechtmatige fouillering waarbij een pistool was aangetroffen.⁸⁸⁰ De Hoge Raad achtte dit niet in strijd met het recht of onbegrijpelijk.

In deze zaken liet hij, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, voor het eerst het verband los tussen de onrechtmatigheid bij het aantreffen van het bewijsmateriaal en de bruikbaarheid van dat materiaal voor het bewijs. Een andere bijzonderheid aan laatstgenoemde uitspraak is dat het hof zijn oordeel mede baseerde op de ernst van het feit – een criterium dat niet in artikel 359a Sv is opgenomen. De Hoge Raad zag ook daarin echter geen probleem, omdat hij uit de wetsgeschiedenis eveneens opmaakte dat de rechter ook andere dan de in de wet

⁸⁷⁷ Schalken vond het wonderlijk dat de Hoge Raad in de zaak van de uitgelokte verdachte geen problemen had met de motivering van het hof en concludeerde daaruit dat de Hoge Raad zich kennelijk ook kon vinden in de argumentatie met betrekking tot de schending van het publieke belang. Het is echter de vraag of dat uit het stilzwijgen van de Hoge Raad kan worden afgeleid. Uit de eigen argumentatie van de Hoge Raad komt immers niets dan het Zwolsman-criterium naar voren, terwijl het feit dat uitlokking door of onder verantwoording van de justitiële autoriteiten onder het Zwolsman-criterium valt in het geheel geen verbazing wekt. Verder duidt ook de motivering van de vernietiging van de niet-ontvankelijkheid in de twee andere zaken er bepaald niet op dat de Hoge Raad zich in de overwegingen van het hof daaromtrent kon vinden.

⁸⁷⁸ HR 19 juni 2001, NJ 2001, 574 m.nt. JR. Reijntjes vroeg zich af of het in een dergelijke geval niet voor de hand liggender zou zijn dat de verbalisanten hun vergissing direct na ontdekking daarvan zouden herstellen door het pand weer te verlaten in plaats van over te gaan tot inbeslagname van hetgeen daar werd aangetroffen.

⁸⁷⁹ HR 2 juli 2002, NJ 2002, 624.

⁸⁸⁰ HR 25 juni 2002, NJ 2002, 625 m.nt. Sch. Schalken gaat in zijn noot uitvoerig in op de wegingsfactoren die de Hoge Raad hanteert bij het bepalen van sancties op vormverzuimen.

genoemde factoren bij zijn beslissing in aanmerking mag nemen. Annotator Schalken reageerde daarop kritisch, omdat de ernst van het feit daarin nooit als van belang zijnde factor was genoemd.

7.2.7 *Het didactische arrest over artikel 359a Sv*

In 2004 wees de Hoge Raad het bekende didactische arrest met betrekking tot artikel 359a Sv.⁸⁸¹ Daarin legde hij de nadruk op de beperkingen aan de toepassing van deze bepaling en de rechtvaardiging van de aan vormverzuimen te verbinden rechtsgevolgen. Hij baseerde zijn interpretatie van deze bepaling op de tekst daarvan en op de wetsgeschiedenis.

De Hoge Raad wees er om te beginnen op dat de strekking van artikel 359a Sv niet is dat een vormverzuim hoe dan ook tot enig voordeel voor de verdachte hoeft te leiden. De feitenrechter is daarom niet verplicht gevolgen aan een geconstateerd vormverzuim te verbinden. Als hij meent dat een gevolg niet achterwege kan blijven, staat strafvermindering in de hiërarchie van sancties voorop. Voorwaarde voor toepassing van die sanctie is als regel,⁸⁸² dat aannemelijk is dat de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden dat is veroorzaakt door het verzuim. Dat nadeel moet bovendien geschikt zijn voor compensatie door middel van strafvermindering en strafvermindering moet ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd zijn. Bewijsuitsluiting kan in beginsel slechts aan de orde zijn als sprake is van een aanzienlijke schending van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel en voor niet-ontvankelijkheid blijft het Zwolsman-criterium gelden. Bovendien hoeft de rechter alleen op een verweer terzake te responderen als de verdediging duidelijk en gemotiveerd aan de hand van de relevante factoren aangeeft tot welk rechtsgevolg het verzuim moet leiden. Ten slotte overwoog de Hoge Raad dat de rechter een onderzoek naar de feitelijke juistheid van het verweer achterwege mag laten als dit gelet op de onderbouwing daarvan toch niet zou kunnen leiden tot meer dan de constatering dat een vormverzuim werd begaan.

Buruma merkte in zijn noot op dat met dit arrest vaststaat dat het niet een primaire taak van de strafrechter is de politie te controleren.⁸⁸³ Anderzijds vond hij dat het arrest ten onrechte de indruk wekt dat de rechter nimmer verplicht zou zijn iets te doen met artikel 359a Sv, terwijl uit de jurisprudentie (van niet alleen de Hoge Raad maar ook het EHRM) voortvloeit dat bepaalde vormschendingen wel degelijk tot gevolgen moeten leiden.

Buruma merkte ook op dat de Hoge Raad zich niet had gewaagd aan een theoretische fundering van de gevallen waarin van de bevoegdheid tot het verbinden

881 HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 m.nt. YB.

882 De Hoge Raad geeft hier wat Veegens noemt: een vuistregel, waarop in bijzondere omstandigheden een uitzondering mogelijk is. Dergelijke uitzonderingen zijn echter zeer dun gezaaid. Zie hierover de noot van Buruma.

883 Dit arrest markeert bovendien het begin van de ontwikkeling naar een meer 'contradictoir strafproces', doordat voor het eerst expliciet eisen aan de verdediging werden gesteld. Zie hierover nader hoofdstuk 9, Overgang naar een contradictoir strafproces.

van gevolgen aan vormverzuimen gebruik wordt gemaakt. Hij wees op de twee mogelijke uitgangspunten daarvoor, te weten enerzijds de in artikel 1 Sv neergelegde rechtsstaatgedachte dat de overheid zich aan de wet moet houden en, anderzijds, de (subjectieve) fundamentele rechten van de verdachte. Bezien vanuit het eerste uitgangspunt zijn de sancties op vormverzuimen manieren om te reageren op onjuist overheidsoptreden als zodanig. Bezien vanuit het tweede uitgangspunt beschouwt men het voorleggen van inbreuken op grondrechten aan de strafrechter als een uitoefening van het recht op een ‘effective remedy’ als bedoeld in artikel 13 EVRM, al heeft deze benadering ook een algemener betekenis, aangezien de Staat de positieve verplichting heeft schendingen van grondrechten te voorkomen.

Onuitgesproken bleef dus welke van deze twee uitgangspunten de Hoge Raad aan zijn beleid ten grondslag legde, maar op grond van zijn jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat de Hoge Raad het reageren op onjuist overheidsoptreden als zodanig, zonder dat sprake is van een inbreuk op het recht op een effective remedy, voor extreme gevallen reserveert.

7.2.8 (Nog) verdere beperking van de bewijsuitsluiting als sanctie

In 2005 en 2006 vonden de voorlopig laatste stappen plaats in de steeds beperktere toepassing van de ‘exclusionary rule’. In 2005 liet de Hoge Raad een uitspraak van het hof in stand in een zaak waarin de politie haar bevoegdheid met betrekking tot het doen van een bloedonderzoek in het kader van de WVV had overschreden. Het hof had geoordeeld dat dit niet tot bewijsuitsluiting hoefde te leiden, omdat de verbalisant niet willekeurig had gehandeld en de voor een legitiem onderzoek benodigde verdenking waarschijnlijk op eenvoudige wijze had kunnen worden onderbouwd, waardoor de ernst van het verzuim werd gerelativeerd. De Hoge Raad achtte dat oordeel niet onjuist of onbegrijpelijk.⁸⁸⁴

In 2006 oordeelde hij dat een onrechtmatige binnentreding (waarbij weed op de vloer werd gezien) niet hoefde te leiden tot bewijsuitsluiting van de bij de daarop volgende rechtmatige huiszoeking aangetroffen en inbeslaggenomen soft-drugs omdat – zo herformuleerde hij de overweging van het hof – die inbeslagneming niet het rechtstreeks gevolg van het binnentreden was.⁸⁸⁵ Deze uitspraak is ook cassatie-technisch om twee redenen opmerkelijk. Ten eerste, omdat de geherformuleerde overweging (eigenlijk een feitelijke vaststelling) niet in het arrest van het hof te

884 HR 6 september 2005, NJ 2006, 447 m.nt. JR. Opmerking verdient dat de verdachte wel toestemming voor het bloedonderzoek had gegeven. Desalniettemin was sprake van een vormfout, omdat die toestemming ingevolge art. 8 WVV alleen mag worden gevraagd wanneer sprake is van een verdenking.

885 17 januari 2006, NJ 2006, 495 m.nt. PMe.

lezen is.⁸⁸⁶ Ten tweede omdat hij dit geherformuleerde oordeel zonder nadere motivering niet onjuist of onbegrijpelijk achtte. Annotator Mevis was daarover kritisch, omdat niets was vastgesteld over het causale verband tussen de onrechtmatige binnentreding en de daarop volgende doorzoeking.

7.2.9 Diversen

Over de sanctie van strafvermindering ging een arrest uit 2004.⁸⁸⁷ In deze zaak had het hof een verweer, strekkend tot strafvermindering wegens mishandeling van de verdachte bij zijn arrestatie, verworpen. De Hoge Raad achtte het kennelijke oordeel van het hof dat de politie bij de aanhouding van verdachte niet disproportioneel hardhandig was opgetreden onbegrijpelijk. De Hoge Raad keek hier (op aangeven van de steller van het middel⁸⁸⁸) achter de papieren muur en vond een doktersverklaring die voor zijn oordeel doorslaggevend was. Annotator Reijntjes concludeerde uit deze uitspraak – waarin aan de verdachte uiteindelijk de straf was opgelegd die hij zelf had voorgesteld – dat de Hoge Raad de kwestie van mogelijke mishandeling door de politie kennelijk van principieel belang vond.⁸⁸⁹

Een beetje een vreemde eend in de bijt, maar toch het vermelden waard, is een uitspraak over de wijze waarop een rechter-commissaris met vormverzuimen moet omgaan.⁸⁹⁰ In 2008 kwam het openbaar ministerie in cassatie tegen de afwijzing van een vordering tot het verlenen van een tapmachtiging. De rechter-commissaris had geweigerd de machtiging te verstrekken omdat hij van oordeel was dat de informatie waarop de vordering steunde onrechtmatig was verkregen.⁸⁹¹ De Hoge Raad oordeelde dat de rechter-commissaris in het kader van het nemen van een beslissing tot het verlenen van een (tap)machtiging ook de rechtmatigheid van de

886 Het hof paste art. 359a Sv toe en verbond geen gevolgen aan de onrechtmatigheid van de binnentreding. De tekst van zijn overwegingen luidde als volgt: ‘Het Hof is met de raadsman van oordeel dat het binnentreden door de politie onrechtmatig is geweest. Nu daarnaar geen nader onderzoek is ingesteld, kan het hof niet vaststellen dat het ontbreken van genoemde machtiging op een vergissing berust. Echter onder de omstandigheden van het geval, te weten:

- dat klachten over een sterke weedlucht en de constatering daarvan aanleiding waren een machtiging ter opsporing van strafbare feiten zonder toestemming van de bewoner van de woning aan Hereplein 27 te Groningen af te geven;
- dat – na de onrechtmatige binnentreding – door de politie op de vloer van die woning weed werd aangetroffen en softdrugserelateerde goederen;
- dat vervolgens verder zoeken wordt gestaakt, de rechter-commissaris wordt ingelicht en op rechtmatige wijze huiszoeking wordt verricht, is het hof van oordeel dat in dit geval kan worden volstaan met de vaststelling dat binnentreding door de politie onrechtmatig was en hoeft deze onrechtmatigheid in casu niet te leiden tot bewijsuitsluiting van de onderzoeksresultaten die zijn verkregen bij de huiszoeking.’

887 HR 21 december 2004, NJ 2005, 172 m.nt. JR.

888 A.J.M. Bommer.

889 Aan verdachte was namelijk precies de straf opgelegd waarom hij had verzocht.

890 HR 28 oktober 2008, NJ 2009, 72 m.nt. Reijntjes.

891 Die informatie was afkomstig van een mobiele telefoon die de politie vond toen zij een technisch hulpmiddel in de auto plaatste.

gegevensvergaring dient te toetsen, maar dat hij de vordering niet zonder nadere belangenafweging mag afwijzen als hij daarbij onrechtmatigheden ontdekt.⁸⁹²

7.3 De materiële beoordeling van inbreuken op burgerrechten door opsporingsinstanties

Naast de vorming van het sanctiesysteem, is het ook interessant inhoudelijk te bezien hoe de Hoge Raad oordeelde over de verschillende opsporings- en onderzoeksmethoden die in de loop van de jaren aan hem werden voorgelegd. Als gezegd speelde de ontwikkeling van het sanctiesysteem zich immers hoofdzakelijk tegen deze achtergrond af.

7.3.1 Inbreuken op het lichaam: rectaal fouilleren en DNA

In 1988 wees de Hoge Raad het befaamde ‘rectaal fouilleren-arrest’.⁸⁹³ Aan de orde was een drugszaak waarin de verdachte op verzoek van de politie door een arts inwendig was onderzocht op de wijze die de titel van het arrest al doet vermoeden. Daarbij was een bol cocaïne aangetroffen. Cassatie-advocaat Spong had in zijn middel en pleidooi bij de Hoge Raad uitvoerig en gemotiveerd betoogd dat deze wijze van lichamelijk onderzoek niet kon worden gebracht onder het in artikel 56 lid 1 Sv en artikel 9 lid 5 Opiumwet bedoelde onderzoek aan het lichaam. Ook de advocaat-generaal Meijers was in zijn conclusie uitvoerig op het onderwerp ingegaan, maar tot de tegenovergestelde conclusie gekomen. De Hoge Raad oordeelde zonder enige motivering dat het onderzoek aan het lichaam als bedoeld in de zojuist genoemde bepalingen mede omvat het onderzoek van de natuurlijke openingen en holten van het lichaam. Annotator Schalken noemde dit arrest qua motivering een dieptepunt. Kennelijk vond ook de wetgever het resultaat⁸⁹⁴ uiteindelijk ook onwenselijk, want in 2001 werd in artikel 56 Sv opgenomen dat onderzoek in het lichaam (waaronder mede het uitwendig schouwen van natuurlijke lichaamsopeningen en -holten wordt verstaan) alleen door een arts mag worden uitgevoerd.

In 1990 besliste de Hoge Raad (in een cassatie in het belang der wet) echter dat aan artikel 195 Sv niet de bevoegdheid kan worden ontleend wangslim af te nemen met het oog op DNA-onderzoek.⁸⁹⁵ Hij overwoog daartoe dat op grond van artikel 11 Grondwet een aantasting van het lichaam slechts mogelijk is wanneer daarin bij of krachtens de wet uitdrukkelijk is voorzien en dat artikel 195 Sv geen regeling inhield omtrent de wijze waarop deze ingreep moet worden verricht en de daarbij in acht te nemen waarborgen. Schalken vergeleek deze uitspraak met onder meer die

892 Waaraan hij toevoegt dat dat onderzoek gezien de spoedeisendheid daarvan vaak niet uitvoerig zal kunnen zijn.

893 HR 8 november 1988, NJ 1989, 667 m.nt. Schalken.

894 Dat immers betekende dat ‘gewone’ politiemensen inwendig mochten visiteren.

895 HR 2 juli 1990, NJ 1990, 751 m.nt. Sch.

met betrekking tot de sorteerproef en het zojuist besproken rectaal fouilleren, waarin de Hoge Raad deze eis niet had gesteld. Hij veronderstelde, onder verwijzing naar het Bloedproef II-arrest,⁸⁹⁶ dat het verschil in beoordeling werd ingegeven door het feit dat door het afnemen van wangslijm, net als door het afnemen van bloed, tot het lichaam behorend en daarvan deel uitmakend materiaal (r.o. 3.3 en 3.4) wordt verkregen waarin zoveel informatie over de individualiteit van de mens ligt opgeslagen dat voor het beschikken daarover en voor een onderzoek daarnaar een aparte wettelijke regeling vereist is.

In 1999 kwam het onderwerp DNA weer aan de orde. Inmiddels waren het DNA-onderzoek en de afname van lichaamsmateriaal ten behoeve daarvan wettelijk geregeld. In het onderhavige geval⁸⁹⁷ was ten huize van de verdachte, met gebruikmaking van de algemene bevoegdheid ex artikel 94 Sv, materiaal in beslag genomen waarop zich mogelijk sporen van zijn DNA bevonden. In cassatie werd, met een beroep op de wetsgeschiedenis, geklaagd over het feit dat artikel 94 Sv daarvoor niet was bedoeld.⁸⁹⁸

De Hoge Raad oordeelde echter dat de inbeslagname van materiaal waarop zich mogelijk DNA bevindt geen inbreuk op de lichamelijke integriteit oplevert en evenmin inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer. Hij redeneerde dat, nu voor het inbeslagname van het DNA op de plaats delict of bij het slachtoffer geen aparte bevoegdheid is gecreëerd, niet valt in te zien waarom dat met betrekking tot het inbeslagname van vergelijkingsmateriaal wel het geval zou moeten zijn. Ook hij verwees naar de wetsgeschiedenis⁸⁹⁹ en stelde vast dat ook de wetgever ervan is uitgegaan dat het vergelijkingsmateriaal met andere dan de onder artikel 195d Sv gegeven bevoegdheid kan worden verkregen.

Dit arrest ontmoette kritiek van annotator De Hullu. Deze had twijfels bij het feit dat de Hoge Raad de geoorloofdheid van de verkrijging van het materiaal redengevend liet zijn voor de geoorloofdheid van het daarop volgende onderzoek. Hij meende dat de Hoge Raad beter had kunnen erkennen dat niet door de inbeslagname, maar door dit onderzoek sprake was van een inbreuk op de privacy, welke inbreuk zijns inziens echter wel gelegitimeerd was, te weten door de regeling van artikel 195 Sv.

In 2008 casseerde de Hoge Raad in het belang der wet een beschikking van de rechtbank Amsterdam, waarin zij een bezwaarschrift van een minderjarige tegen bepaling en verwerking van haar DNA-profiel na een belangenafweging gegrond

⁸⁹⁶ HR 26 juni 1962, 470 m.nt. WP.

⁸⁹⁷ HR 29 juni 1999, NJ 2000, 10, m.nt. JdH.

⁸⁹⁸ Dat artikel bevat de algemene regeling voor het beslag, met als doel onder meer waarheidsvinding. De opstellers van de middelen, Hamer en Kengen, onderbouwden hun standpunt dat voor de inbeslagname van materiaal voor DNA-onderzoek slechts de daarvoor speciaal gecreëerde dwangmiddelen mogen worden gebruikt en dat art. 94 Sv daartoe niet kon dienen met citaten uit de MvT en de MvA m.b.t. de toen nog vrij nieuwe wetgeving, waaruit bleek dat de Minister dit inderdaad zo had gesteld.

⁸⁹⁹ Ook de Hoge Raad vond passages in de MvT en de MvA die aan zijn standpunt steun boden. Deze waren echter minder expliciet toegesneden op het onderhavige geval dan de passages die in de middelen werden geciteerd.

had verklaard.⁹⁰⁰ De rechtbank had daarbij overwogen dat weliswaar aan de formele vereisten van de wet⁹⁰¹ was voldaan, maar dat toetsing aan de strekking en de bedoeling van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) meebracht dat in het geval van een minderjarige telkens een belangenafweging diende plaats te vinden.

De Hoge Raad maakte hiermee korte metten. Hij oordeelde dat uit tekst, doel en strekking van de wet blijkt dat geen plaats is voor een generieke uitzondering voor minderjarigen op de Wet DNA Onderzoek Veroordeelden, naast de uitzonderingen waarin de wet voorziet, en dat zo'n uitzondering ook niet kan worden afgeleid uit het IVRK.

Annotator Schalken was het volstrekt oneens met het oordeel dat een belangenafweging niet mogelijk is en wees erop dat artikel 8 EVRM eist dat een inbreuk op de privacy – waarvan naar zijn mening door opname in een DNA-databank sprake is – met een subsidiariteits- en proportionaliteitstoets gepaard gaat.

7.3.2 *Bijzondere opsporingsmethoden*

7.3.2.1 *Inkijkoperatie*

In 1994 oordeelde de Hoge Raad voor het eerst over een 'inkijkoperatie'.⁹⁰² Het betreffende arrest kwam hiervoor al aan de orde. De verdediging had in deze zaak gesteld dat de politie had ingebroken in een loods in de (vergeefse) hoop daar de handelsvoorraad van een drugsorganisatie aan te treffen en deze actie niet had geverbaliseerd. Het hof had het niet-ontvankelijkheidsverweer verworpen met de overweging dat een onrechtmatige actie van de politie niet aannemelijk was geworden. De Hoge Raad vond dat ontoereikend, omdat niet duidelijk was of het hof er vanuit was gegaan dat geen inkijkoperatie had plaatsgevonden, of dat het hof die operatie niet onrechtmatig achtte. Als het hof was uitgegaan van het eerste, vond de Hoge Raad dat onbegrijpelijk in het licht van het standpunt van de procureur-generaal bij het hof, die de actie had erkend en deze ook onrechtmatig achtte. Als het hof was uitgegaan van het tweede, achtte de Hoge Raad dat eveneens onvoldoende, omdat omtrent het binnentreden geen proces-verbaal was opgemaakt, waaruit de wettelijke basis kon blijken.⁹⁰³ Het belang van deze uitspraak is vooral dat de rechter werd gemaand 'verweren als deze' serieus te onderzoeken.

7.3.2.2 *Het Zwolsman-arrest*

In het ook al eerder besproken Zwolsman-arrest kwam een scala aan ongebruikelijke opsporingsmethoden aan de orde, die voor een deel bovendien 'pro-actief' waren

900 HR 13 mei 2008, NJ 2008, 628 m.nt. Schalken.

901 De Wet DNA-onderzoek veroordeelden.

902 HR 31 mei 1994, NJ 1995, 29 m.nt. Kn.

903 Later zou blijken dat inkijkoperaties vrij gemakkelijk onder de Opiumwet konden worden gebracht (mits ze niet in woningen plaatsvonden).

ingezet, dat wil zeggen op het moment dat nog geen sprake was van een verdenking.⁹⁰⁴ Op dat moment was nog geen sprake van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, zodat veel van de gebruikte opsporingsmethoden geen wettelijke basis hadden. De Hoge Raad nam daarom zelf de normering van deze methoden ter hand.

Het hof had (kort gezegd) geoordeeld dat opsporingsambtenaren, gezien hun opsporingstaak en mede gelet op artikel 2 Politiewet 1993, ook in de pro-actieve fase bevoegd zijn ter opsporing van strafbare feiten al die onderzoeksactiviteiten te verrichten die daartoe geschikt zijn. Daarbij mochten in beginsel geen grondrechten van burgers of andere wettelijke regelingen worden geschonden, tenzij dit werd gerechtvaardigd door het zwaarder wegend belang van de opsporing en/of was toegestaan ‘onder in de rechtspraak geformuleerde criteria’, terwijl die activiteiten overigens in redelijke verhouding dienden te staan tot het beoogde doel. Het hof trok hieruit de conclusie dat

‘het observeren, maken van foto's, gebruik maken van peilzenders, het ondersteunen van observaties in het openbaar met video-apparatuur, het runnen van informanten en het gebruiken van mobiele scanners met een beperkt bereik ter ondersteuning van mobiele observatie, als methoden van opsporing, ook in de pro-actieve fase, door opsporingsambtenaren kunnen worden toegepast.’

De Hoge Raad nam een op het eerste gezicht principiële standpunt in en stelde voorop dat ook in de fase voorafgaand aan die van de opsporing, een inbreuk door politieambtenaren op bij de Grondwet of een verdrag beschermde fundamentele rechten van de burger alleen geoorloofd is voor zover door de Grondwet of de desbetreffende verdragsbepaling is toegestaan. Bovendien moeten door de Grondwet toelaatbaar geachte beperkingen bij of krachtens de wet zijn geregeld. Hij overwoog voorts dat de strafvorderlijke regeling met betrekking tot het gebruik van dwangmiddelen in de voorfase van de opsporing niet van toepassing is en het gebruik daarvan in die fase dus niet legitimeert, terwijl wettelijke legitimatie ook dan wel noodzakelijk is. Hij vervolgde:

‘Behoudens hetgeen hierna in 6.4.5 wordt overwogen, voldoet een algemeen geformuleerde bepaling als art. 2 Politiewet 1993 (art. 28 Politiewet) niet aan die eis. De voortschrijdende ontwikkeling van het fundamentele recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zoals deze ontwikkeling gestalte heeft gekregen in rechtspraak en doctrine, en de toenemende technische verfijning en intensivering van onderzoeksmethoden en -technieken verlangen een meer precieze legitimatie voor zulke inbreuken dan art. 2 Politiewet 1993 biedt.’⁹⁰⁵

904 Althans, daarvan is in hoger beroep en in cassatie uitgegaan.

905 Dit oordeel lag in het verlengde van het Bloedproef II-arrest, HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470. De cruciale overweging in dat arrest luidde dat ‘het WvSr – dat volgens de MvT een gematigd accusatoir karakter heeft – aan de politie en de justitie bepaalde bevoegdheden ten opzichte van den verdachte toekent, daarbij kennelijk er van uitgaande dat de verdachte enerzijds verplicht is het uitoefenen van deze bevoegdheden te dulden, doch anderzijds ingrepen, verder gaande dan deze bevoegdheden medebrengen, slechts met zijn toestemming kunnen plaatsvinden.’

Na dit principiële uitgangspunt volgde echter in overweging 6.4.5 een belangrijke relativering:

‘Het vorenstaande neemt niet weg dat de politie ingevolge art. 2 Politiewet 1993 bevoegd is in (de voorfase-AR) handelingen te verrichten welke de in die bepaling aan haar opgedragen taak meebrengt, zoals het ter handhaving van de openbare orde geven van een bevel zich te verwijderen of onder zich nemen van voorwerpen (...), observatie en schaduwen (...) of het in het openbaar fotograferen van personen (...), en dat ook indien door zulke verrichtingen een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer zou worden gemaakt, de globale taakomschrijving van art. 2 Politiewet 1993 daarvoor een toereikende wettelijke grondslag biedt.’

In het onderzoek in de Zwolsman-zaak was juist van methoden als observatie, schaduwen en het nemen van foto's op de openbare weg op zo grote schaal gebruik gemaakt, dat de verdediging meende dat gezien die stelselmatigheid en intensiteit sprake was van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en daar een grond voor niet-ontvankelijkheid in zag.⁹⁰⁶ De Hoge Raad wijdde daaraan echter geen overweging.⁹⁰⁷

De klacht dat inijkoperaties in de pro-actieve fase niet op artikel 9 Opiumwet konden worden gebaseerd werd verworpen op grond van tekst en wetsgeschiedenis van deze bepaling, waaruit de Hoge Raad afleidde dat het voor uitoefening van de daarin verwoorde bevoegdheid tot het betreden van plaatsen niet nodig is dat sprake is van een specifieke opsporingshandeling. De verdenking dat ter plaatse een overtreding van de Opiumwet plaatsvindt is voldoende.

Het verzamelen van dactyloscopische sporen en het maken van foto's in die loods kon, zo lijkt het, worden gebaseerd op artikel 141 Sv en behoefde kennelijk niet te worden beschouwd als meer dan zoekend rondkijken.

Het doorzoeken van aan de weg gezette afvalzakken kon zonder meer door de beugel: het oordeel dat wie afvalzakken buiten zet afstand doet van de eigendom van de inhoud daarvan kwalificeerde de Hoge Raad als juist: wie dat doet kan in redelijkheid geen verwachtingen meer koesteren omtrent de bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer.

Het gedurende drie weken af luisteren en opnemen van telefoongesprekken door middel van een scanner, die in de directe omgeving van de woning van de verdachte was geplaatst, was echter over de grens. De Hoge Raad stelde bij de beoordeling van

906 Uit het achtste cassatiemiddel van Sjöcrona en Franken is te lezen waarom de verdediging meende dat door juist deze opsporingsmethoden wel sprake was geweest van een aanzienlijke inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Gedurende het onderzoek was stelselmatig gedurende lange tijd en intensief geobserveerd door een team van maximaal 40 personen, met inzet van foto- en camera-apparatuur, van peilzenders en vaste en mobiele scanners, waarbij de woning van verdachte langdurig met een camera was geobserveerd. Overigens was het min of meer vaste jurisprudentie dat observatie voldoende wettelijke basis had in art. 28 Politiewet, getuige HR 14 oktober 1986, NJ 1987, 564 en HR 13 juni 1995, NJ 1995, 684 m.nt. Kn. Voorts moet worden aangetekend dat de verdediging in feitelijke aanleg (overigens gevoerd door een andere raadsman) zijn pleidooi niet in een pleitnota had vastgelegd, tengevolge waarvan de gevoerde verweren niet in volle omvang waren vastgelegd en derhalve in cassatie niet konden worden beoordeeld.

907 Opmerking verdient in dit verband dat de stelselmatige observatie als bevoegdheid binnen het opsporingsonderzoek later wel wettelijk werd geregeld, te weten in art. 126g Sv en art. 126o Sv.

deze klacht voorop dat wie gebruik maakt van mobiele telefonie, erop bedacht moet zijn dat zijn gesprekken door derden worden opgevangen en beluisterd en dit tot op zekere hoogte ook moet aanvaarden. De begrenzing van die aanvaardingsplicht lag naar het oordeel van de Hoge Raad bij het doelgericht en stelselmatig af luisteren. De Hoge Raad oordeelde dat daarvan in de Zwolsman-zaak wel sprake was geweest en achtte daarom de klacht dat hierdoor artikel 8 EVRM was geschonden gegrond. Hij vond de inbreuk echter niet zodanig ernstig dat deze tot niet-ontvankelijkheid moest leiden en verwees ter motivering van dit oordeel naar de vaststellingen van het hof dat de duur van de inbreuk beperkt was gebleven, de gesprekken slechts eenzijdig⁹⁰⁸ konden worden gehoord, doel van de inzet slechts was om na te gaan of in de omgeving van de woning autotelefoons werden gebruikt, de gegevens voor geen ander doel zouden worden gebruikt en het inzetten van de scanners geen resultaat had gehad.

Een belangrijke rol speelde in deze zaak het feit dat ook hier van het gebruik van de bijzondere opsporingsmethoden in de pro-actieve fase geen proces-verbaal was opgemaakt. Bovendien was hierover pas openheid van zaken gegeven nadat de verdediging, met behulp van onder meer (door onbekend gebleven derden) bij justitie gestolen informatie, het gebruik van die methoden had aangetoond. Eén van de klachten was dat het hof het met medeweten van het openbaar ministerie niet opmaken van proces-verbaal omtrent het gebruik van de bijzondere opsporingsmethoden als argument voor niet-ontvankelijkheid had verworpen.

De Hoge Raad begon ook de bespreking van dit middel met voorafgaande beschouwingen van algemene aard. Hij gaf daarin een ruime interpretatie van de verbaliseringsplicht⁹⁰⁹ en oordeelde dat in casu sprake was van schending daarvan. Met betrekking tot de vraag of deze schending tot niet-ontvankelijkheid kon leiden paste de Hoge Raad zijn zojuist ontwikkelde Zwolsman-norm toe. Hij constateerde op grond van de vaststellingen van het hof dat ook deze inbreuk in casu niet van ernstige aard was.⁹¹⁰

De slotsom was dat, voorzover de Hoge Raad in dit arrest al tot het oordeel kwam dat sprake was geweest van inbreuken op een behoorlijke procesorde,⁹¹¹ die

908 D.w.z.: niet het hele gesprek kon worden beluisterd, maar slechts één kant van de lijn.

909 Hij overwoog dat het opmaken van proces-verbaal van opsporingshandelingen naar een redelijke uitleg van artikel 152 Sv slechts dan achterwege mag blijven als hetgeen is verricht of bevonden in redelijkheid niet van belang kan zijn voor enige door de rechter te nemen beslissing. Het opsporingsbelang achtte hij daarvoor geen reden. Als geen proces-verbaal wordt opgemaakt zal moeten worden voorzien in enige vorm van verslaglegging zodat zonodig verantwoording van het handelen aan de rechter kan worden afgelegd. Ook van handelingen in de proactieve fase zal met het oog op controleerbaarheid door de rechter enige vorm van verslaglegging moeten plaatsvinden.

910 Het hof had op grond van de verklaringen geoordeeld dat de nalatigheid met betrekking tot de verbaliseringsplicht niet was ingegeven door de wens de controlerend rechter in enigerlei opzicht in zijn taak te belemmeren. De Hoge Raad achtte dat oordeel niet onbegrijpelijk gezien de door het hof betrouwbaar geachte verklaringen van de hoofdinspecteur die als getuige had verklaard over de verrichtingen van de politie in de proactieve fase en gezien het feit dat het hof had vastgesteld dat in alle stadia van het onderzoek van alle verrichtingen en bevindingen voldoende aantekening was gehouden.

911 Daarbij moet worden opgemerkt dat het feit dat de raadsman die in hoger beroep was opgetreden geen pleitaantekeningen had overgelegd tot gevolg had dat van een aantal in cassatie opgeworpen

niet als ernstig werden gekwalificeerd. In ieder geval werd niets overwogen omtrent het al dan niet geschonden zijn van de verdedigingsbelangen in het kader van het beroep op niet-ontvankelijkheid. Het Zwolsman-criterium werd dus in dit arrest wel geformuleerd, maar kwam niet in volle omvang tot toepassing. Het cassatieberoep werd uiteindelijk integraal verworpen.

7.3.2.3 Oriënterend onderzoek op St. Maarten

In 1997 kwam opnieuw een zaak voorbij waarin pro-actief, ofwel oriënterend, onderzoek had plaatsgevonden.⁹¹² Plaats van handeling was St. Maarten. Ook van dit onderzoek had geen verslaglegging plaatsgevonden. In cassatie werd geklaagd dat tengevolge daarvan niet kon worden nagegaan of, en zo ja in hoeverre, inbreuken op grondrechten hadden plaatsgevonden. Deze klacht faalde bij gebrek aan feitelijke grondslag, nu het hof naar het oordeel van de Hoge Raad had vastgesteld dat daarvan in die fase geen sprake was geweest.⁹¹³ De Hoge Raad achtte het oordeel van het hof, dat uit het niet-opmaken van een proces-verbaal van de handelingen die in de oriënterende fase hadden plaatsgevonden niet bleek van een intentie tot onoirbare manipulatie van de zaak, gelet op die vaststelling en gezien het feit dat het hof had geoordeeld dat de procureur-generaal voldoende inzicht had gegeven in wat in die fase was gebeurd, niet onbegrijpelijk.

7.3.2.4 Undercover-operatie in Huis van Bewaring

In 2004 voelde de Hoge Raad zich geroepen zich in algemene zin uit te laten over een undercoveroperatie, waarbij een politieman zich had laten insluiten bij een verdachte (van moord op zijn echtgenote).⁹¹⁴ De Hoge Raad overwoog – op grond van de wetsgeschiedenis – dat artikel 126j Sv weliswaar voldoende basis biedt voor zo'n inbreuk op de privacy, maar dat in een dergelijke situatie wel gemakkelijk het gevaar optreedt dat de voorlopig gehechte zonder het te weten de facto in een

stellingen ten aanzien van het gebruik van een aantal opsporingsmethoden niet kon worden nagegaan of deze ook in feitelijke aanleg naar voren waren gebracht. Die klachten bleven daarom buiten behandeling.

912 HR 14 januari 1997, NJ 1997, 371 m.nt. Schalken.

913 Daar valt nog wel iets op af te dingen, nu het hof terzake overwoog dat niet aannemelijk was geworden dat sprake was geweest van toepassing van dwangmiddelen of dat anderszins inbreuk was gemaakt op rechten of vrijheden van burgers. Het betreffende onderzoek had plaatsgevonden na een gesprek tussen de procureur-generaal en het hoofd van Interpol Italië waarin aan de orde was geweest dat St. Maarten mogelijk een internationale witwashaven en verblijfplaats van maffiosi was. Het oriënterend onderzoek resulteerde in 1993 in de start van een opsporingsonderzoek.

914 HR 9 maart 2004, NJ 2004, 263 m.nt. Schalken. Hoewel de Hoge Raad een ander middel in deze zaak al gegrond had verklaard en dus eigenlijk aan de klacht inzake de undercoveroperatie niet meer toekwam, zag hij toch aanleiding in te gaan op de rechtsvraag die in deze klacht besloten lag.

verhoorsituatie belandt. Daarom zal toetsing aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit mee moeten brengen dat dit middel pas wordt ingezet als de bijzondere ernst van het misdrijf dat rechtvaardigt en er redelijkerwijs geen alternatief voorhanden is. Als aan die voorwaarden is voldaan, komt de vraag aan de orde of sprake is geweest van het afleggen van verklaringen in strijd met de verklaringsvrijheid zoals neergelegd in artikel 29 Sv. Of dat zo is hangt samen met de omstandigheden van het geval, waarbij de Hoge Raad onder meer betekenis toekende aan de proceshouding die de verdachte heeft ingenomen en hetgeen zich in het voorbereidend onderzoek voor en gedurende de periode waarin de informant optreedt heeft afgespeeld, de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten jegens de verdachte, de mate van druk die daarvan jegens de verdachte kan zijn uitgegaan en de mate waarin de handelingen en gedragingen van de informant tot de desbetreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid. De Hoge Raad verwees hierbij naar de uitspraak van het EHRM in de zaak Allen.⁹¹⁵ Hij besloot zijn overwegingen met de instructie dat wanneer de rechter van oordeel is dat de methode niet had mogen worden ingezet, of de daardoor verkregen verklaringen niet in vrijheid zijn afgelegd, in de regel slechts⁹¹⁶ bewijsuitsluiting daarop de passende sanctie is.

In 2006 kwam deze zaak weer terug bij de Hoge Raad en ontstond alsnog de gelegenheid deze algemene regels toe te passen op het geval.⁹¹⁷ Het hof had de zaak beoordeeld met inachtneming van de zojuist besproken maatstaven en was tot het oordeel gekomen dat niet aannemelijk was geworden dat de verdachte zijn verklaring niet in vrijheid had afgelegd. De Hoge Raad achtte dit oordeel niet onjuist of onbegrijpelijk. Hij paste daarbij zijn eerder geformuleerde maatstaven toe en nam daarbij in het bijzonder in aanmerking dat de verdachte vele verklaringen had afgelegd waaruit gewelddadig optreden jegens het slachtoffer naar voren kwam (de proceshouding), het feit dat de verdachte al voor de inzet van de undercover tegen medegegetineerden had verklaard en tijdens die inzet niet was gehoord (het voorbereidend onderzoek), alsmede het feit dat geen verband bestond tussen de beperkte druk die op de verdachte was uitgeoefend en de door hem afgelegde verklaringen (de aard en de intensiteit van activiteiten van de undercover, de mate van druk die deze had uitgeoefend en het causale verband tussen die druk en de afgelegde verklaringen).

7.3.3 Burgeropsporing onder regie

Ook in 1997 verscheen het arrest in de zaak MM,⁹¹⁸ die later ook in Straatsburg zou worden behandeld. In deze zaak had de politie aan een aangeefster van aanranding een cassette recorder gegeven om gesprekken met MM op te nemen en haar over het

915 *Allen t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 5 november 2002, appl.nr. 48539/99, NJB 2003, p. 80, nr. 2.

916 Annotator Schalken stelde dat de Hoge Raad steeds vaker voor deze defensieve formulering kiest, om aan te geven dat in beginsel niet aan niet-ontvankelijkheid moet worden gedacht.

917 HR 28 maart 2006, NJ 2007, 38.

918 HR 18 februari 1997, NJ 1997, 500 m.nt. 't Hart.

gebruik daarvan geïnstrueerd. Daarbij hadden zij haar geïnstrueerd hoe het gesprek op het gebeurde te brengen en de cassettebandjes verwisseld wanneer ze vol waren.⁹¹⁹ In cassatie werd onder meer geklaagd dat dit een schending van de artikelen 6 en 8 EVRM opleverde, omdat het afluisteren was geschied zonder wettelijke basis, nu de rechter-commissaris daarvoor geen toestemming had gegeven.

De Hoge Raad overwoog dat geen sprake was geweest van inmenging van het openbaar gezag in de schending van de privacy, omdat het initiatief voor deze wijze van bewijsvergaring in hoofdzaak bij aangeefster had gelegen, met slechts geringe ondersteuning van de politie. Annotator 't Hart vond deze beslissing begrijpelijk, maar waarschuwde wel dat de grens tussen hulp aan een ander en zelf doen vloeiend is. Hij meende dat gezien het gevaar voor de opsporingscultuur van dit soort van bewijsverkrijging het beter was geweest dit niet geoorloofd te achten.

Het EHRM zou later het politie-optreden kwalificeren als 'setting up a private individual collecting evidence in a criminal case' en daarom oordelen dat wel sprake was van 'interference by a public authority with the applicants right to respect of his "correspondence"'. Nu voor deze inbreuk geen wettelijke basis bestond, concludeerde het hof dat artikel 8 EVRM wel degelijk was geschonden.⁹²⁰

7.3.4 Toezichtcamera's

In 2004 oordeelde de Hoge Raad voor het eerst over beelden van toezichtcamera's.⁹²¹ Het oordeel van het hof dat beelden die (gedurende korte tijd) op de openbare weg gemaakt waren geen inbreuk op de privacy opleveren, waarin besloten lag dat de verdachte daar niet mocht verwachten onbevangen zichzelf te kunnen zijn, gaf naar zijn oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De in het middel⁹²² voorgestane opvatting, dat het ontbreken van een voldoende wettelijke basis voor (permanent) cameratoezicht op straat meebrengt dat door het maken van die beelden sprake is van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, achtte de Hoge Raad onjuist. Enige verdere onderbouwing van dit oordeel ontbrak.

Advocaat-generaal Jörg stelde in zijn conclusie dat het hof aansluiting had gezocht bij de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake observatie en dat de kern van die jurisprudentie is dat observatie niet per se een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt, maar dat dit afhangt van omstandigheden als duur, frequentie, plaats en mate van indringendheid.⁹²³ Hij meende dat van een inbreuk op artikel 8

919 Zo valt af te leiden uit het eerste cassatiemiddel.

920 *M.M. t. Nederland*, EHRM 24 september 2003, appl. nr. 39339/98. Zie over deze zaak ook hoofdstuk 11 onder 11.1.5.

921 HR 20 april 2004, NJ 2004, 525.

922 Opgesteld door Th.A. de Roos.

923 Hij verwees hierbij naar het jurisprudentieoverzicht van waarnemend AG Keijzer in zijn conclusie bij HR 18 mei 1999, NJ 2000, 104.

EVRM alleen sprake kan zijn wanneer het gaat om situaties waarin de betrokkene, naar mag worden aangenomen, onbevangen zichzelf wilde zijn. De Hoge Raad lijkt zich hierin te hebben kunnen vinden.

7.3.5 *Huiszoeking/doorzoeking*

7.3.5.1 *Rechterlijke toetsing huiszoeking op de voet van artikel 49 WAM*

Het onderwerp van de doorzoeking in een woning in relatie tot artikel 49 Wet Wapens en Munitie was aan de orde in uitspraken van de Hoge Raad in 2001⁹²⁴ en 2004.⁹²⁵

In 2001 billijkte de Hoge Raad al het oordeel van het hof dat een huiszoeking op de voet van deze bepaling (dus zonder rechterlijke machtiging) niet in strijd is met artikel 8 EVRM, omdat die zoeking haar grondslag vond in een wettelijke regeling, een legitiem doel diende en daartoe in redelijke verhouding stond.

In de zaak die leidde tot het arrest uit 2004⁹²⁶ werd opnieuw het verweer gevoerd dat de doorzoeking onrechtmatig was vanwege het ontbreken van een rechterlijke toetsing en dat daarom bewijsuitsluiting had moeten volgen. Bijzonderheid van dat geval was dat werd aangevoerd dat tussen het moment van binnenkomst van de CIE-informatie en de daaruit voortvloeiende huiszoeking 13 dagen lagen, waarin gemakkelijk rechterlijke toetsing had kunnen plaatsvinden.

Het hof achtte de huiszoeking daarom⁹²⁷ inderdaad in strijd met artikel 8 EVRM en dus onrechtmatig.⁹²⁸

De (plaatsvervangend) advocaat-generaal Fokkens concludeerde hieruit dat een verschil van opvatting leek te bestaan tussen het hof en de Hoge Raad. Hij bezag daarom nog eens de jurisprudentie van het EHRM en kwam tot de conclusie dat het oordeel van het hof geen blijk gaf van een verkeerde rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk was.

De Hoge Raad liet zich echter niet vermurwen en oordeelde dat artikel 8 EVRM niet in alle gevallen rechterlijke toetsing eist. Hij voegde daaraan toe dat de omstandigheden van het geval toetsing in verband met de proportionaliteitseis nodig kunnen maken, maar zag in het enkele feit dat er ruim de tijd was tussen tip en zoeking niet zo'n omstandigheid.

Annotator Alkema vond het arrest enigszins teleurstellend, omdat uit de jurisprudentie van het EHRM een voorkeur voor een rechterlijke waarborg bij doorzoekingen in woningen is af te leiden en de redelijkheidstoets van Hoge Raad wel erg aan de oppervlakte bleef. Troost vond hij echter in het feit dat uit de

924 HR 19 juni 2001, NJ 2001, 574.

925 HR 30 november 2004, NJ 2006, 355 m.nt. Alkema.

926 De middelen werden ingediend door J. Kuijper.

927 In die zin dat het hof oordeelde dat in dit concrete geval gezien het tijdsverloop tussen tip en zoeking, rechterlijke toetsing, dan wel toetsing in de 'strafvorderlijke lijn' door de officier van justitie had moeten plaatsvinden.

928 En paste slechts de sanctie van strafvermindering toe, omdat de politieambtenaren te goeder trouw waren geweest, er sprake was van een grote hoeveelheid wapens en een rechter waarschijnlijk toestemming tot doorzoeking zou hebben gegeven.

uitspraak van 2001 bleek dat de Hoge Raad wel de drie elementen van artikel 8 EVRM in zijn toetsing betreft.⁹²⁹

7.3.5.2 *Onrechtmatige doorzoeking na binnentreding ex artikel 9 Opiumwet*

Bij arrest van 4 januari 2011 deed de Hoge Raad uitspraak in een zaak waarin in een binnenvaartschip een hennepplantage was gevonden.⁹³⁰ De politie was binnengetreden op grond van een machtiging ex artikel 9 Opiumwet en dus niet bevoegd tot het doen van een doorzoeking, maar slechts tot ‘zoekend rondkijken’. Desalniettemin werden onder het bed aangetroffen dozen en een afgesloten kastdeur geopend. In de dozen werden assimilatielampen aangetroffen en achter de kastdeur bleek zich een doorgang naar het ruim van het schip te bevinden, waar de plantage werd aangetroffen. Het hof kwalificeerde beide handelingen als een vormverzuim. Het verbond daaraan echter verschillende conclusies: de lampen werden van het bewijs uitgesloten, maar de vondst van de hennepplantage niet, omdat zich achter de kastdeur slechts een lege ruimte had bevonden, met enkel de genoemde doorgang. Het hof zag daarom in het openen van de kastdeur geen inbreuk op de privacy van de verdachte en derhalve was hij daardoor niet in zijn belangen geschaad. De advocaat-generaal Machielse had moeite met deze redenering en wees erop dat dergelijke redeneringen normoverschrijdend gedrag van opsporingsambtenaren zouden kunnen aanmoedigen.⁹³¹ De Hoge Raad verwierp echter het tegen deze beslissing gerichte middel.⁹³² Hij wees, zoals te doen gebruikelijk, op het overzichtsarrest uit 2004, maar voegde daar voor het eerst⁹³³ expliciet aan toe dat het belang dat een strafbaar feit niet wordt ontdekt, niet geldt als een rechtens te respecteren belang van de verdachte. Verder overwoog hij dat het hof met zijn overwegingen tot uitdrukking had gebracht dat weliswaar inbreuk was gemaakt op verdachtes levenssfeer, maar dat door het openen van de deur niet een belangrijk voorschrift of rechtsbeginsel in ernstige mate was geschonden (het criterium voor bewijsuitsluiting), terwijl daarbij geen nadeel in de zin van artikel 359a Sv was veroorzaakt. Borgers vond het resultaat van de hier gehanteerde redenering, hoewel begrijpelijk, niet bevredigend. Hij wees erop dat de vraag of sprake is van concreet nadeel aldus wordt bepaald door wat er in de kast ligt, wat weer allerlei ingewikkelde vervolgvragen oproept. Het leek hem daarom beter het feit dat een afgesloten kastdeur wordt geopend al als een tamelijk ernstige inbreuk op de privacy

929 Te weten wettigheid, te beschermen belang en noodzaak in een democratische samenleving.

930 HR 4 januari 2011, NJ 2012, 145 m.nt. Borgers.

931 Hij merkte op dat wanneer zo’n gedraging geen bewijs oplevert, de verdachte geen nadeel lijdt en er dus voor de opsporing en vervolging geen man overboord is. Wanneer dat wel het geval is, bestaat altijd een goede kans dat de rechter niet overgaat tot bewijsuitsluiting.

932 Ingediend door J.M. Linz.

933 Zo stelt ook Borgers in zijn noot, in navolging van T. Kooijmans, 2011:1105.

aan te merken. Hij vroeg zich in dat verband ook af of de Hoge Raad ook dit soort vormverzuimen begint te beschouwen als schendingen van artikel 8 EVRM die niet tevens inbreuken vormen op artikel 6 EVRM – en dus eerder tot strafvermindering dan tot bewijsuitsluiting dienen te leiden. Hij vond het feit dat een duidelijke schending van de voorschriften met betrekking tot doorzoeking van een woning tot niet meer leidt dan de enkele constatering van een vormverzuim uiteindelijk onbevredigend: ‘De eis van een behoorlijke opsporing verzet zich er tegen dat strafbare feiten worden ontdekt door onrechtmatige toepassing van opsporingsbevoegdheden.’

7.3.6 *Schending van verdedigingsrechten*

Dit overzicht wordt besloten met een aantal uitspraken over het ‘bestrafen’ van vormverzuimen in de vorm van schending van verdedigingsrechten.

Een in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw voorkomend verzuim was dat de officier van justitie een gerechtelijk vooronderzoek tegen ‘NN’⁹³⁴ niet, of niet tijdig, omzette in een gerechtelijk vooronderzoek op naam als de identiteit van de verdachte bekend was geworden. Aan de verdediging werden daardoor rechten onthouden. Dit hoefde naar het oordeel van de Hoge Raad echter niet tot niet-ontvankelijkheid te leiden, omdat hij zich (zonder nadere motivering) op het standpunt stelde dat daarvoor in het recht geen steun te vinden was. Voor de beoordeling van de vraag of dit moest leiden tot bewijsuitsluiting legde de Hoge Raad het belangencriterium aan.⁹³⁵ Deze uitspraak lag in de lijn van eerdere jurisprudentie⁹³⁶ en was in die zin dus niet verrassend.

In een uitspraak uit 1994 achtte de Hoge Raad het ‘omzeilen’ van de verdediging, doordat de politie een getuige hoorde kort voordat deze op verzoek van de verdediging en in opdracht van de rechtbank door de rechter-commissaris zou worden gehoord, zelfs helemaal niet in strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde.⁹³⁷ Dit was te meer opmerkelijk nu hij in een min of meer vergelijkbaar

934 Een dergelijk g.v.o. werd meestal geopend naar aanleiding van een vordering tot het afgeven van verlof tot tappen, waartoe de opening van zo’n onderzoek destijds noodzakelijk was.

935 Zie HR 12 februari 1991, NJ 1991, 527 m.nt. ‘tH. De verworping van het verweer dat de onrechtmatigheid moest leiden tot uitsluiting van de verklaringen die de getuigen bij afwezigheid van de verdediging aan de rechter-commissaris hadden afgelegd, had het hof verworpen omdat de verdediging niet had kunnen aangeven in welke belangen zij was geschaad en derhalve bij dit verweer geen belang had. De Hoge Raad oordeelde dat het hof de verweren had verworpen ‘op gronden die deze beslissing kunnen dragen’. In het hiervoor besproken arrest HR 18 december 1990, NJ 1991, 343 deed zich overigens dezelfde problematiek voor, met dezelfde uitkomst.

936 Aldus ‘t Hart in zijn annotatie, verwijzend naar HR 2 maart 1982, NJ 1982, 460 m.nt. ThWvV.

937 Zie HR 29 maart 1994, NJ 1994, 577 m.nt. Sch. In het betreffende geval had de rechtbank de rechter-commissaris opgedragen een getuige in aanwezigheid van de verdediging te horen. Kort voordat dat verhoor zou plaatsvinden verhoorde de politie de getuige, zonder de raadvrouw daarbij uit te nodigen. Het hof verwierp het beroep op niet-ontvankelijkheid omdat het voorval weliswaar een schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde opleverde, maar een afweging tussen het belang van de verdachte bij niet-ontvankelijkheid en dat van de maatschappij bij zijn vervolging meebracht dat met strafvermindering moest worden volstaan. Het nam daarbij in aanmerking dat de getuige tijdens dit verhoor de verdachte niet had belast en nadien alsnog in

geval uit 1989 nog had geoordeeld dat uit die beginselen en uit artikel 6 EVRM kan voortvloeien dat – onder omstandigheden – het OM verplicht is de verdediging in de gelegenheid te stellen bij dergelijke verhoren aanwezig te zijn.⁹³⁸

In beide zaken waren de annotatoren, respectievelijk 't Hart en Schalken, kritisch over het gebruik van het belangen criterium, omdat zij vonden dat toepassing daarvan in dit soort gevallen te beperkend was. Beide auteurs leken voor gevallen van ernstiger schendingen van de beginselen van een goede procesorde toepassing van het procesorde-criterium te bepleiten.

In 2011 bleek dat de Hoge Raad intussen niet van standpunt is veranderd. Het arrest betrof een zaak waarin de officier van justitie na een vrijspraak in eerste aanleg nog een aantal getuigen liet horen buiten aanwezigheid van de verdediging.⁹³⁹ Die bepleitte in hoger beroep de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie op grond daarvan, maar het hof verwierp dat verweer. De Hoge Raad verwierp het tegen die beslissing gerichte beroep, overwegend dat de gewraakte handelwijze van de officier niet zonder meer leidt tot niet-ontvankelijkheid en dat de verdediging niet had aangegeven waaruit de ernstige schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde overigens had bestaan.

In 2009 deed de Hoge Raad voor het eerst uitspraak in een zaak waarin een afgeluisterd telefoongesprek tussen een verdachte en diens advocaat in strijd met artikel 126aa Sv niet was vernietigd en ten onrechte was gevoegd in het procesdossier.⁹⁴⁰ In dit gesprek maakten de advocaat en zijn cliënt een afspraak. De politie maakte van die informatie gebruik om de verdachte aan te houden. Het hof had de officier van justitie naar aanleiding hiervan met toepassing van het Zwolsman-criterium niet-ontvankelijk verklaard omdat aldus sprake was geweest van een grove veronachtzaming van de belangen van verdachte, terwijl *de kans bestond* dat daardoor aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak tekort zou worden gedaan als het openbaar ministerie ontvankelijk zou worden geacht.

bijzijn van de raadvrouw door de rechter-commissaris was gehoord. De Hoge Raad oordeelde dat de verwerping van het verweer geen blijk gaf van een verkeerde rechtsopvatting en in cassatie niet verder kon worden getoetst. Hij overwoog voorts dat het hof had vastgesteld dat de verdachte niet in zijn verdediging was geschaad en achtte die vaststelling niet onbegrijpelijk. Hij vond zelfs het oordeel dat sprake was van een schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde gezien de omstandigheden niet zonder meer begrijpelijk en de strafvermindering dus ook niet. Tot gevolgen leidde die overweging echter niet: gelet op het feit dat de verdachte bij die klacht geen redelijk belang had, bleef het oordeel van het hof terzake in stand.

938 Zie HR 5 december 1989, NJ 1990, 719 m.nt. Sch. Zelfs had de Hoge Raad toen de niet-ontvankelijkheid die het hof in het betreffende geval had uitgesproken in stand gelaten, maar dat laatste was het gevolg van het feit dat het een OM-appel betrof en de middelen zich niet richtten tegen het gevolg van de onrechtmatigheid, waardoor die voor de Hoge Raad onaantastbaar was. In het betreffende geval was de verdachte door de rechtbank vrijgesproken van incest. De officier van justitie tekende daartegen beroep aan en gaf de politie opdracht de getuigen a charge (waaronder aangeefster) nader te horen. Bij dit verhoor werden zij geconfronteerd met de standpunten die de verdediging tijdens de terechtzitting had ingenomen. De verdediging was niet bij deze verhoren uitgenodigd. De afgelegde verklaringen werden in hoger beroep door het OM ingebracht.

939 HR 20 september 2011, NJ 2012, 6 m.nt. Schalken.

940 HR 16 juni 2009, NJ 2009, 603 m.nt. Borgers.

Op het cassatieberoep van het openbaar ministerie oordeelde de Hoge Raad dat het oordeel van het hof dat het betreffende gesprek vernietigd had moeten worden geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting. Hij achtte echter niet begrijpelijk dat de omstandigheid dat de politie ten onrechte gebruik had gemaakt van informatie over de locatie waar verdachte zich bevond had gebruikt voor zijn aanhouding had geleid tot de zojuist weergegeven overweging op grond waarvan het hof tot niet-ontvankelijkheid had besloten. Hij vernietigde dan ook het arrest.

Annotator Borgers vond deze uitspraak voor de hand liggend, omdat de onrechtmatigheid van de aanhouding nog niets zegt over de rechtmatigheid van de daarop volgende opsporing en vervolging. Hij meende echter ook dat de uitspraak van de Hoge Raad over de gevolgen van het onrechtmatig af luisteren van geheimhoudersgesprekken aan duidelijkheid te wensen overliet. Zo vond hij dat de door het hof gemodificeerde formulering van het Zwolsman-criterium een belangrijk punt raakte, nu omstandigheden denkbaar zijn waarin het moeilijk zal zijn uit te maken welke gevolgen het uitluisteren van een geheimhoudersgesprek heeft gehad. Dat leidt tot moeilijke vragen, zoals aan wie het is die gevolgen, of de afwezigheid daarvan, aannemelijk te maken en wat het gevolg moet zijn als terzake onduidelijkheid blijft bestaan. Die vragen bleven in het arrest onbeantwoord.

In 2010 volgde een uitspraak over het voegen in het dossier van een voice-mailbericht van een verdachte op de telefoon van zijn advocaat (met de tekst: 'bel me, heb je heel hard nodig').⁹⁴¹ Het hof had geoordeeld dat weliswaar sprake was van een vormverzuim, maar dat dit niet zodanig ernstig was dat niet-ontvankelijkheid diende te volgen. Het wees hiertoe op het feit dat de identiteit van de verdachte al bekend was ten tijde van het onderscheppen van dit bericht en overwoog verder dat niet aannemelijk was dat het voorhouden van dit bericht aan de verdachte tijdens zijn verhoor hem had bewogen tot het afleggen van een bekennende verklaring. Het achtte de belangen van de verdachte door het verzuim niet zodanig geschaad dat enige sanctie diende te volgen. De Hoge Raad achtte dit oordeel zonder nadere motivering⁹⁴² niet onjuist of onbegrijpelijk.⁹⁴³

Borgers signaleerde in zijn noot dat onder meer uit dit arrest weer eens blijkt dat de Hoge Raad artikel 359a Sv nadrukkelijk stelt in het teken van het garanderen van een eerlijk proces aan de verdachte en niet van het bewaken van de integriteit van het overheidsoptreden. Hoewel hij dat op zichzelf niet onlogisch vond, vroeg hij zich wel af hoe dat overheidsoptreden dan wel moet worden bewaakt. Ook wees hij erop dat de activistischer opstelling die lagere rechters ten aanzien van met name het tappen van geheimhouders hadden ingenomen, zeker hadden bijgedragen aan de maatregelen die inmiddels zijn genomen om de geheimhoudersrechten beter te waarborgen. Dat de overheid dergelijke maatregelen (nog) niet uit eigen beweging

941 HR 30 maart 2010, NJ 2011, 603 m.nt. Borgers.

942 Anders dan een verwijzing naar het standaardarrest uit 2004.

943 De AG wees echter op het feit dat de betreffende voice-mail de politie zekerheid gaf dat het betreffende telefoonnummer door verdachte werd gebruikt en dat het betreffende proces-verbaal ook voor het bewijs was gebruikt. Hij meende dat daarom het oordeel van het hof niet zonder meer begrijpelijk was. De Hoge Raad ging daarin dus niet mee, mogelijk omdat in cassatie niet over dit aspect van het vormverzuim was geklaagd.

neemt, maakt de terughoudende lijn die de Hoge Raad volgt zijns inziens minder aanvaardbaar.

De andere kwestie betreft de rechtsbijstand aan verdachten direct na hun aanhouding. De Hoge Raad oordeelde⁹⁴⁴ naar aanleiding van de uitspraak van het EVRM in de zaak Salduz⁹⁴⁵ dat de verdachte gelegenheid moet worden geboden voorafgaand aan zijn verhoor door de politie een advocaat te raadplegen en dat hij ook op dat recht moet worden gewezen. Het niet, of niet in redelijkheid bieden van die gelegenheid is een schending van artikel 6 EVRM en een ernstig vormverzuim, dat leidt tot bewijsuitsluiting van de aldus afgelegde verklaring en het bewijsmateriaal dat als rechtstreeks gevolg daarvan is verkregen. Uit de uitspraak van het EVRM leidde de Hoge Raad echter niet af dat de verdachte recht heeft op rechtsbijstand tijdens het politieverhoor, met uitzondering van de minderjarige verdachte, die wel recht heeft op bijstand van een raadsman of een andere vertrouwenspersoon.⁹⁴⁶

Schalken schreef hierover in zijn twee annotaties dat de bereidheid tot een ruime, dan wel een beperkte interpretatie van de dubbelzinnige bewoordingen van het EHRM onlosmakelijk gekoppeld is aan de rechtspolitieke voorkeur van degene die interpreteert, waarbij de Hoge Raad zijns inziens voor de ‘gulden middenweg’ had gekozen.⁹⁴⁷ Kritisch was hij met name over de eis dat in cassatie niet over het gebrek aan rechtsbijstand kon worden geklaagd als dat niet ook in feitelijke aanleg was gedaan, terwijl de nieuwe normen op het moment waarop de behandeling in hoger beroep in de betreffende zaak plaatsvond nog niet bekend waren.⁹⁴⁸

7.4 Beschouwing en conclusie

7.4.1 *De processuele kant van vormverzuimen*

De besproken jurisprudentie overziende kan worden geconstateerd dat de Hoge Raad, doordat hij vanaf het Bloedproef II-arrest de mogelijkheid heeft geopend gevolgen te verbinden aan onregelmatigheden in het vooronderzoek, een deur op een kier heeft gezet die in de onderzochte periode steeds verder is opengegaan. Gedurende de afgelopen 25 jaar heeft de Hoge Raad op dit terrein onderzoeks- en motiveringsverplichtingen voor de feitenrechters in het leven geroepen, het begrip ‘vormverzuimen’ ruim geïnterpreteerd en het belang van het verbaliseren van opsporingshandelingen meermalen benadrukt. Aldus heeft hij ervoor gezorgd dat het

944 Het betreft drie uitspraken, alle gedaan op 30 juni 2009: HR 30 juni 2009, NJ 2009, 349 m.nt. Schalken, 350 en 351, m.nt. Schalken. Deze uitspraken zijn voorafgegaan door een uitvoerige conclusie van de AG Knigge.

945 EHRM 2 november 2008, Salduz t. Turkije, NJ 2009, 214.

946 Zie over de Salduz-jurisprudentie ook hoofdstuk 8, onder 8.3.2.

947 Zie de noot onder HR 30 juni 2009, NJ 2010, 349.

948 Zie de noot onder HR 30 juni 2009, NJ 2010, 351.

optreden van opsporingsinstanties in de voorfase van het strafproces, tot in de proactieve fase, onderwerp is geworden van rechterlijke toetsing en heeft hij getracht de transparantie van het gehele strafproces te bevorderen.

Door deze open deur zijn vervolgens vele klachten het rechterlijk systeem binnengekomen.

De Hoge Raad heeft zich daardoor (kennelijk) genoodzaakt gevoeld in hetzelfde tijdvak een raamwerk te bouwen voor de beoordeling daarvan, waarbij vooral opvallend is dat hij gedurende die periode de ruimte voor het verbinden van gevolgen aan vormverzuimen steeds verder is gaan beperken.

Het belangrijkste daarbij is dat de Hoge Raad, hoewel hij dat nooit met zoveel woorden heeft overwogen, als theoretische fundering voor het verbinden van gevolgen aan vormverzuimen steeds uitdrukkelijker het subjectieve belang van de verdachte als maatstaf is gaan hanteren, waarbij hij dit subjectieve belang steeds strikter is gaan interpreteren. De Hoge Raad lijkt, behoudens in uitzonderingsgevallen, afstand te hebben genomen van de rechtsstaatgedachte als fundering voor het verbinden van gevolgen aan vormverzuimen. Met andere woorden: op het gebied van de vormverzuimen is het 'belangencriterium' het 'procesordecriterium' gaan overvleugelen.

Hoewel niet is gevonden dat de Hoge Raad het procesordecriterium ooit expliciet aan een oordeel over de gevolgen van een vormverzuim ten grondslag heeft gelegd,⁹⁴⁹ zou uit de oudere jurisprudentie kunnen worden afgeleid dat dat criterium toen voor de Hoge Raad zwaarder woog dan tegenwoordig. Dat geldt met name voor de sanctie van de bewijsuitsluiting, die in de vroege jaren van de onderzochte periode betrekkelijk gemakkelijk de juiste werd geacht, mits aan de Schutznorm (waaraan toen nog geen hoge eisen werden gesteld) was voldaan.⁹⁵⁰

De introductie van het 'Zwolsman-criterium', waarin schending van het procesordecriterium uitdrukkelijk aan het belangencriterium werd verbonden, maakte duidelijk dat de Hoge Raad ook ernstige schendingen van het recht door opsporingsinstanties niet wenst af te straffen wanneer daardoor niet tevens de belangen van de verdachte in (zeer) ernstige mate zijn geschaad. Later werd gezien dat de Hoge Raad voor de beoordeling van de ernst van het vormverzuim en de daaraan te verbinden gevolgen steeds meer keek naar de concrete omstandigheden van het geval en zelfs naar de betrouwbaarheid van het onrechtmatig gevonden bewijs. Waarschijnlijk speelde hier mede de Europese jurisprudentie een rol.⁹⁵¹

949 Met uitzondering van uitspraken over schending van de redelijke termijn.

950 William O'Douglas, die van 1939 tot 1975 deel uit maakte van de Supreme Court in de VS, zei over de bewijsuitsluiting, daar aangeduid als 'exclusionary rule' het volgende: 'In 1914 te Court held that evidence seized in violation of the Fourth Amendment (het recht om gevrijwaard te blijven van onrechtmatige doorzoeken en beslagleggingen-AR) could not be used in federal courts against the person in a criminal prosecution. (...) Three possible sanctions could have been used: civil action against the violators, criminal prosecution of them, or exclusion of the illegally obtained evidence. Of these, only the last is a real sanction.' Zie O'Douglas, 1980:387.

951 Het EHRM maakte in de zaak Khan uit dat een inbreuk op art. 8 EVRM niet zonder meer dwingt tot bewijsuitsluiting onder art. 6 EVRM.

Niet-ontvankelijkheid als gevolg van vormverzuimen heeft de Hoge Raad slechts bij hoge uitzondering aanvaard.⁹⁵² Strafvermindering is de sanctie geworden die verre de voorkeur van de Hoge Raad heeft gekregen, als al een sanctie aan de orde is.

Al met al was dus enerzijds sprake van een rechtsbeschermende Hoge Raad aan de processuele kant en anderzijds een steeds terughoudender wordende Hoge Raad waar het ging om het verbinden van gevolgen aan vormverzuimen. Het ‘policing the police’ is geen taak voor de rechter, zo lijkt zeker de laatste jaren uit zijn arresten de boodschap te zijn. Het gaat om het waarborgen van een eerlijk proces aan de verdachte. Daarbij lijkt het soms of alles geoorloofd is, zolang de rechtens te beschermen belangen van de verdachte niet daadwerkelijk worden geschaad. Die belangen zijn echter op hun beurt belangrijk gerelativeerd door de Schutznorm, door de eis dat het moet gaan om een vormverzuim dat werd begaan in het kader van de opsporing van het feit waarvoor de berechting plaatsvindt en de eis dat het om een ‘rechtens te respecteren belang moet gaan’, waaronder bijvoorbeeld niet valt het belang dat een door de verdachte begaan strafbaar feit niet wordt ontdekt. Onder schending van het belang valt ook niet het onbevoegdlijk doorzoeken van kasten, zolang die maar leeg zijn. Dat laatste doet de vraag rijzen wanneer dan wel sprake is van nadeel. Wat moet er in de kast liggen om als inbreuk op de privacy te kwalificeren?

7.4.2 *De materiële beoordeling van opsporingshandelingen*

Voor wat betreft de materiële beoordeling van de opsporingshandelingen die de grondslag voor de rechtmatigheidsverweren vormden, zagen we dat de Hoge Raad veel ruimte heeft gegund aan de opsporende en vervolgende instanties. Het was altijd al zo dat, behoudens sterke aanwijzingen van het tegendeel, werd uitgegaan van de rechtmatigheid van het optreden van politie en justitie, maar de onderzochte periode had als bijzonderheid dat deze instanties ver gingen in het oprekken van hun bevoegdheden. De Hoge Raad riep dat geen halt toe en schaarde zich vrijwel steeds aan de zijde van de overheid. Schalken stelde zelfs dat de Hoge Raad ten aanzien van het openbaar ministerie ‘een bijna onbegrensde coulance aan de dag legt’.⁹⁵³ Een verandering van beleid van de Hoge Raad werd wat dat betreft de afgelopen 25 jaar niet gezien.

Bij de terughoudendheid van de Hoge Raad om grenzen te trekken waar het ging om vergaande buitenwettelijke opsporingsmethoden, die bovendien zoveel mogelijk geheim gehouden werden, zijn in de loop der jaren door annotatoren kritische

952 Een uitzondering voor wat betreft geschonden verdedigingsrechten is het hiervoor besproken arrest van 5 december 1989, NJ 1990, 719. In de overige twee gevonden gevallen was het OM zijn boekje ten opzichte van de rechter te buiten gegaan door hetzij de rechter te misleiden (HR 4 februari 1997, NJ 1997, 308 m.nt. Sch.) hetzij hem buiten spel te zetten door een toezegging een eventueel op te leggen straf niet te executeren (HR 1 juni 1999, NJ 1999, 567 m.nt. Sch.).

953 Zie zijn annotatie bij HR 29 maart 1994, NJ 1994, 577.

kanttekeningen geplaatst. De vraag kan worden gesteld of met name de zelfstandige belangen van de goede procesorde in de oordeelsvorming van de Hoge Raad wel zwaar genoeg hebben gewogen. Met ernstige inbreuken op de beginselen van een behoorlijke procesorde is immers de integriteit van de opsporing en vervolging gemoeid. Het waarborgen van die integriteit hangt nauw samen met een eerlijk proces en is een belangrijk aspect van rechtsbescherming in algemene zin, ook als de verdachte daardoor in concreto geen schade heeft ondervonden (of dat niet kon aantonen).

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan niet worden opgemaakt dat hij die integriteit onbelangrijk vindt, maar wel dat hij kennelijk in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit (het terrein waarop de meest vergaande methoden meestal worden ingezet) de belangen van de misdaadbestrijding voor heeft laten gaan.

Wanneer de twee aspecten van vormverzuimen tezamen worden beschouwd is het beeld over de afgelopen 25 jaar vanuit rechtsbeschermend perspectief negatief. Op ‘materieel’ terrein was de Hoge Raad onveranderlijk terughoudend in het stellen van grenzen. Het enige wat op dat terrein als positief aangemerkt kan worden, is het aan de feitenrechter opleggen van onderzoeks- en motiveringsverplichtingen.

Op ‘formeel’ terrein gleed het bewaken van de integriteit van het strafproces achter de individuele rechtsbescherming, doordat de Hoge Raad schendingen van de beginselen van een behoorlijke procesorde steeds verder verknoopte met daadwerkelijke schending van belangen van de verdachte, die hij ook nog eens steeds beperkter interpreteerde. Het ‘policing the police’ in algemene zin beschouwt de Hoge Raad momenteel niet als zijn taak.

8 Fair trial

8.1 Inleiding

Het begrip ‘fair trial’, vastgelegd in artikel 6 EVRM, deed in de jaren zeventig en tachtig zijn intrede in het Nederlandse strafprocesrecht. De grote vlucht nam de jurisprudentie hierover echter pas in de onderzochte periode. Onder dit brede begrip, waarvan de uitwerking in Nederland ook onder de noemer ‘beginselen van een behoorlijke procesorde’ wordt gebracht,⁹⁵⁴ zijn vele thema’s uit de jurisprudentie te scharen. Het is echter onmogelijk die hier allemaal te bespreken. Daarom wordt de bespreking daarvan beperkt tot een aantal van de meest relevante onderwerpen, waarbij de keuze is bepaald door het aantal zaken waarin dit thema aan de orde was en/of het bijzondere belang daarvan voor het thema van de rechtsbescherming versus criminaliteitsbestrijding.

Achtereenvolgens zal aandacht worden besteed aan het aanwezigheidsrecht, het recht op rechtsbijstand, de problematiek van het horen van getuigen en het gebruik van hun verklaringen voor het bewijs (zowel numeriek als voor wat betreft rechtsbeschermende aspecten het belangrijkste deelonderwerp), de interne openbaarheid en tenslotte de redelijke termijn. Een aantal andere onderwerpen zal in een verzamelcategorie kort de revue passeren.

8.2 Het aanwezigheidsrecht

De stand van zaken met betrekking tot het aanwezigheidsrecht rond 1988 was dat de rechter, gesteld voor de vraag of hij de terechtzitting moest aanhouden om een afwezige verdachte de gelegenheid te bieden van zijn aanwezigheidsrecht gebruik te maken, diens belang moet afwegen tegen het algemeen belang, dat als regel gediend is met een voortvarende afdoening van zaken.⁹⁵⁵ Wanneer een verdachte niet ter zitting aanwezig was en aanwijzingen bestonden dat hij niet kón verschijnen, bijvoorbeeld omdat hij uit anderen hoofde gedetineerd was, diende de rechter te onderzoeken of er reden was het onderzoek te schorsen.⁹⁵⁶

954 Daarbij moet worden aangetekend dat de begrippen elkaar niet volledig dekken. Een belangrijk verschil is dat het begrip ‘fair trial’ uit art. 6 EVRM uitsluitend het oog heeft op bescherming van de belangen van de verdachte, terwijl de beginselen van een behoorlijke procesorde ook op andere belangen kunnen zien.

955 Zie bijvoorbeeld HR 12 juni 1990, NJ 1990, 834 m.nt. ThWvV.

956 Zie bijvoorbeeld HR 20 maart 1990, NJ 1990, 798 en HR 27 februari 1990, NJ 1990, 666, beide m.nt. ThWvV.

8.2.1 *Artikel 6 EVRM als maatstaf*

In 1994 verwees de Hoge Raad in relatie tot het aanwezigheidsrecht voor het eerst uitdrukkelijk naar artikel 6 EVRM als maatstaf.⁹⁵⁷ Als hoofdregel formuleerde hij dat redelijke toepassing van die bepaling meebrengt dat als wegens ziekte aanhouding wordt verzocht, de rechter aan dat verzoek gevolg moet geven. Daarop achtte hij in bijzondere omstandigheden met het oog op een behoorlijke strafvordering wel uitzonderingen mogelijk, maar het enkele feit dat al eerder om die reden werd aangehouden leverde niet een dergelijke bijzondere omstandigheid op. Afwezigheid wegens ontvluchting was echter verdachtes eigen keuze: dat werd (en wordt) door de Hoge Raad beschouwd als vrijwillige afstand van zijn aanwezigheidsrecht.⁹⁵⁸

8.2.2 *Jurisprudentiële aanvulling van de wettelijke betekenisregels*

In hetzelfde jaar vond een wijziging in de wettelijke betekenisvoorschriften plaats, waarmee de wetgever beoogde het aantal nietige dagvaardingen sterk te reduceren door betekening aan het adres van de verdachte in de gemeentelijke basisadministratie⁹⁵⁹ toereikend te laten zijn. De betekenis van de feitelijke woonplaats werd in die visie sterk gereduceerd, waardoor, zo werd gehoopt, strafzaken waarin de verdachte niet verscheen voortvarender zouden kunnen worden afgedaan. De Hoge Raad maakte echter in 1996 een einde aan die illusie. Hij bepaalde dat de rechter in hoger beroep niet kan aannemen dat de afwezige verdachte van zijn aanwezigheidsrecht als bedoeld in artikel 14 IVBPR en artikel 6 EVRM afstand heeft gedaan wanneer hij in de appelakte een ander adres heeft opgegeven dan zijn GBA-adres, terwijl de dagvaarding of oproeping niet tevens aan het eerstgenoemde adres is verzonden.⁹⁶⁰ Hij creëerde een motiveringsplicht voor de hoven: in een dergelijk geval moest de hoger beroeprechter er in zijn arrest blijk van geven te hebben onderzocht of er reden was het onderzoek te schorsen. De rechter in de eerste aanleg mocht in geval van betekening aan het GBA-adres aannemen dat de verdachte geen gebruik wenste te maken van zijn aanwezigheidsrecht wanneer hij niet verscheen, behoudens sterke aanwijzingen van het tegendeel.⁹⁶¹

⁹⁵⁷ HR 1 november 1994, NJ 1995, 86.

⁹⁵⁸ HR 15 september 1997, NJ 1998, 115.

⁹⁵⁹ Waarin inschrijving inmiddels verplicht was gesteld.

⁹⁶⁰ HR 26 november 1996, NJ 1997, 279, m.nt. Sch.

⁹⁶¹ Zo oordeelde de Hoge Raad ook nog in HR 19 juni 2001, NJ 2001, 520.

Rond dezelfde tijd kreeg echter ook de verdachte die hoger beroep had ingesteld een verantwoordelijkheid toebedeeld: van hem wordt verwacht dat hij de in het maatschappelijk verkeer gebruikelijke maatregelen neemt om te voorkomen dat een oproeping hem niet bereikt.⁹⁶² Wanneer hij dat niet doet kan dat ertoe leiden dat wordt aangenomen dat hij afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheidsrecht.

8.2.3 Overzichtsarrest betekening 2002

In 2002 ging de Hoge Raad nog een stapje verder. Hij wees een belangrijk overzichtsarrest waarin hij zijn interpretatie van de betekeningsregels uiteenzette en aanvullende regels gaf in verband met het aanwezigheidsrecht.⁹⁶³ Daarin herhaalde hij dat als de verdachte na rechtsgeldige betekening van de dagvaarding niet verschijnt, de rechter ervan uit mag gaan dat hij vrijwillig afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheidsrecht, behoudens duidelijke aanwijzingen van het tegendeel. Uit de voorbeelden die hij van dergelijke aanwijzingen gaf, bleek echter dat hij er scherper op ging toezien dat de verdachte op enig moment daadwerkelijk van de behandeling van zijn zaak op de hoogte raakte.⁹⁶⁴ Zo moest ook de rechter in eerste aanleg de zitting voortaan in bepaalde gevallen schorsen wanneer bleek dat een afschrift van de dagvaarding niet naar een postbus of een buitenlands adres was gezonden. Dit arrest bracht de wetgever ertoe de regeling aan deze jurisprudentie aan te passen.⁹⁶⁵ Anderzijds herhaalde de Hoge Raad dat van de verdachte die hoger beroep instelt wordt verwacht dat hij zich bereikbaar houdt voor gerechtelijke mededelingen, bij gebreke waarvan hij mag worden geacht van zijn aanwezigheidsrecht afstand te hebben gedaan. In 2006 bleek dat dat ook geldt als niet de verdachte, maar het openbaar ministerie het appel heeft ingesteld⁹⁶⁶ en

962 HR 15 september 1997, NJ 1998, 115. Uit de conclusie van de AG Fokkens blijkt dat de Hoge Raad zulks ook in 1996 al een keer had uitgemaakt. De AG was het overigens ook niet met de onderhavige beslissing eens; hij meende dat van ondubbelzinnige afstand van het aanwezigheidsrecht, zoals vereist door het EHRM, niet was gebleken.

963 HR 12 maart 2002, NJ 2002, 317 m.nt. Sch. De aanvullende regels m.b.t. het aanwezigheidsrecht zijn opgenomen in overwegingen 3.33 e.v.

964 Mogelijk speelde hierbij de uitspraak van het EHRM inzake *De Groot t. Nederland* een rol, EHRM 23 februari 1999, NJ 1999, 641 m.nt. Kn. Knigge leidde uit deze uitspraak, waarin de klacht overigens niet-ontvankelijk werd verklaard, af dat de Hoge Raad de eisen die worden gesteld aan afstand van het aanwezigheidsrecht (de 'waiver') zou moeten aanscherpen. De jurisprudentie van de Hoge Raad hield op dat moment nog in dat van het doen van afstand werd uitgegaan wanneer in eerste aanleg betekening aan het GBA-adres had plaatsgevonden en verdachte niet was verschenen. Het risico van onbekendheid met de zitting werd aldus bij de verdachte gelegd, hetgeen volgens Knigge op gespannen voet met de jurisprudentie van het EHRM stond.

965 Middels invoering van artikel 588a Sv, Stb. 2005, 175. Deze bepaling trad in werking op 1 november 2005.

966 HR 12 september 2006, LJN: AW4395. Van het hoger beroep werd in de Nederlandse taal mededeling gedaan aan de verdachte die geen Nederlands sprak, waarna de dagvaarding in hoger beroep aan de griffie werd betekend omdat van de verdachte geen adres bekend was. De Hoge Raad oordeelde dat de opvatting dat een dergelijke mededeling moet worden vertaald geen steun vindt in het recht.

eveneens als de zaak in eerste aanleg ten onrechte bij verstek werd behandeld.⁹⁶⁷ Schalken vond deze laatste beslissing onterecht, nu het hoger beroep toch bij uitstek dient om fouten uit de eerste aanleg te herstellen, zeker als het een verwijtbare fout van overheidszijde betreft. Hij meende dat hier toch meer moeite had mogen worden gedaan de verdachte te vinden en het verdedigingsbelang iets te snel ondergeschikt was gemaakt aan het belang bij een efficiënte strafrechtspleging.

Uit de meest recente jurisprudentie blijkt niet van een wijziging in de opvatting van de Hoge Raad. Als een adres bekend is waaraan niet is betekend, of anderszins aanleiding bestaat te vermoeden dat de verdachte buiten zijn schuld niet van zijn aanwezigheidsrecht gebruik kon maken terwijl had dat wel wilde, moet de feitenrechter aanhouden.⁹⁶⁸ Als daarvan echter geen sprake is, wordt de verdachte geacht van zijn aanwezigheidsrecht afstand te hebben gedaan.⁹⁶⁹ Ook wordt van een eventueel aanwezige raadsman verwacht dat hij op het verzuim een beroep doet.⁹⁷⁰

8.2.4 *Aangepaste maatstaf beoordeling aanhoudingsverzoek niet verschenen verdachte*

De maatstaf waaraan moet worden getoetst wanneer de verdachte niet is verschenen maar om aanhouding verzoekt, is in de loop van de afgelopen twintig jaar enigszins gewijzigd. In het begin van deze paragraaf werd vermeld dat aan het eind van de jaren tachtig het belang van de verdachte moest worden afgewogen tegen het maatschappelijk belang bij voortvarende afdoening. In 1999 herformuleerde de Hoge Raad deze maatstaf zodanig dat daarin ook het belang van het benutten van de schaarse zittingscapaciteit tot uitdrukking kwam. De afweging diende voortaan plaats te vinden tussen ‘alle in aanmerking komende belangen, waaronder het aanwezigheidsrecht van de verdachte, het belang dat niet alleen de verdachte maar ook de samenleving heeft bij een spoedige berechting en het belang van een goede

⁹⁶⁷ HR 17 januari 2006, NJ 2006, 662 m.nt. Schalken.

⁹⁶⁸ Zie bijvoorbeeld HR 29 september 2009, LJN: BJ2825, waarin de verdachte de ochtend van de zitting in vrijheid was gesteld en het hof niet had vastgesteld of hij voldoende tijd had gehad om aanwezig te kunnen zijn en HR 12 januari 2010, LJN: BK2091, waarin de verdachte bij het instellen van het beroep een postbusnummer had opgegeven en het hof in onvoldoende mate was nagegaan of de dagvaarding in hoger beroep daarnaar daadwerkelijk was verzonden.

⁹⁶⁹ Zie bijvoorbeeld HR 18 november 2008, LJN: BF0568, waarin de dagvaarding was uitgereikt aan een mondeling gemachtigde en HR 5 januari 2010, LJN: BK2145, waarin de gemachtigd raadsman verklaarde dat de in Spanje wonende verdachte hem de avond tevoren had meegedeeld geen dagvaarding te hebben ontvangen. Uit de stukken bleek dat de dagvaarding als gewone brief naar zijn Spaanse adres was verzonden. De Hoge Raad wees de klacht tegen de afwijzing van het verzoek tot aanhouding af, omdat de raadsman daaraan niet expliciet ten grondslag had gelegd dat de verdachte van zijn aanwezigheidsrecht gebruik wilde maken. De AG meende daarentegen dat het hof terecht uit de bewoordingen van de raadsman had afgeleid dat hij wel had bedoeld een beroep op het aanwezigheidsrecht te doen en vond dat de zaak aangehouden had moeten worden, omdat niet uit te sluiten viel dat de verdachte de dagvaarding inderdaad niet tijdig had ontvangen en te kennen had gegeven gebruik te willen maken van zijn aanwezigheidsrecht. Bovendien had de verdachte niet eerder een verzoek tot aanhouding gedaan.

⁹⁷⁰ HR 6 november 2012, LJN: BX6732.

organisatie van de rechtspleging.⁹⁷¹ In 2011 heeft de Hoge Raad nog naar de in deze uitspraak gegeven maatstaf verwezen.⁹⁷² In de betreffende zaak had het hof een verzoek tot aanhouding afgewezen, omdat aan de afwezigheid van de verdachte “geen daadwerkelijke en absolute verhindering” ten grondslag lag.⁹⁷³ De Hoge Raad vond dat criterium te streng en dus onjuist. Bovendien had het hof aldus niet alle in aanmerking komende belangen, zoals opgenomen in genoemde maatstaf, afgewogen en was zijn oordeel daardoor onvoldoende gemotiveerd. De Hoge Raad vernietigde dan ook dit arrest.

8.2.5 *Relativering aanhoudingenprotocol LOVS*

In 2011 beteugelde de Hoge Raad de efficiencydrang in feitelijke aanleg door de afwijzing van een verzoek tot aanhouding als onbegrijpelijk aan te merken.⁹⁷⁴ Het betrof een hoger beroep van een kantonzaak, waarin de raadsman ruim een maand voor de zitting gemotiveerd om aanhouding had verzocht. Het hof wees dit verzoek af omdat het een ‘overzichtelijke kantonzaak’ betrof en het landelijk aanhoudingsprotocol voorschreef dat hij zich in een dergelijk geval moest laten vervangen. De Hoge Raad overwoog dat, nu de raadsman zijn verzoek tijdig had gedaan, had gesteld dat de verdachte zich door hem wilde doen bijstaan en had toegelicht waarom hij zich niet kon laten vervangen, het hof niet kon volstaan met een enkele verwijzing naar het protocol, maar uitvoeriger had motiveren waarom het verzoek werd afgewezen.

971 HR 26 januari 1999, NJ 1999, 294. In de onderliggende zaak was een slecht onderbouwd aanhoudingsverzoek gedaan. De raadsman had meegedeeld dat zijn cliënt op het moment van de zitting in het vliegtuig naar Indonesië zat, maar niet toegelicht waarom hij ervoor had gekozen deze reis te maken in plaats van naar de zitting te komen. De Hoge Raad overwoog dat het hof kennelijk een ander belang dan het belang van de verdachte bij zijn aanwezigheid voorrang had gegeven en achtte dit oordeel niet onjuist of onbegrijpelijk. De AG Jörg wees in zijn conclusie uitdrukkelijk op het belang van het zuinig omgaan met schaarse zittingscapaciteit.

972 HR 25 januari 2011, LJN: BO6482. Wanneer dit arrest wordt vergeleken met tussenliggende arresten valt overigens op dat het ‘nieuwe’ deel van het criterium een aantal malen niet door de Hoge Raad is genoemd. Zie hierover nader HR 21 april 2009, NJ 2009, 323 m.nt. Borgers. Deze wijst daarop met enige instemming in zijn noot, stellend dat een fundamenteel recht als het aanwezigheidsrecht niet ondergeschikt moet worden gemaakt aan het (op zichzelf te billijken) streven naar efficiency. Onduidelijk is welke bedoeling de Hoge Raad met deze variaties in de tekst van de maatstaf heeft.

973 De verdachte was elektricien aan boord van een schip, waarbij hij de ene week thuis en de andere week op zee was. Zijn raadsman liet ongeveer een week voor de terechtzitting in hoger beroep aan het hof weten dat de verdachte op de datum van de zitting op zee zou zijn en kondigde een aanhoudingsverzoek aan. Ter terechtzitting voegde hij hieraan toe dat de verdachte de ene week werkend op zee was en de andere week thuis. Oorspronkelijk, toen de raadsman hem voor het eerst over deze zitting sprak, had de verdachte hem meegedeeld dat hij aanwezig zou kunnen zijn, maar kort voor de zitting bleek dat zijn werkgever op een laat moment zijn werkrooster had veranderd. De verdachte had nog verzocht opnieuw een wijziging aan te brengen, maar dit was niet mogelijk. De verdachte had er toen voor gekozen aan het werk te gaan.

974 HR 8 februari 2011, NJ 2011, 142 m.nt. Schalken.

8.3 Het recht op rechtsbijstand

8.3.1 *De afwezige verdachte*

8.3.1.1 *Verdwijnen van de 'klemmende reden'-jurisprudentie*

Met het vorige onderwerp nauw verbonden is het recht op rechtsbijstand. In het bijzonder geldt dat voor de verdediging van de afwezige verdachte. De geschiedenis is bekend: lange tijd wilde de Hoge Raad daar niet aan. In het begin van de onderzochte periode was het bestendige jurisprudentie dat uit artikel 6 EVRM niet kon worden afgeleid dat de niet verschenen verdachte het recht behoudt zichzelf door een raadsman te laten verdedigen. De raadsman mocht ten behoeve van zijn cliënt slechts het woord voeren als deze wegens 'klemmende redenen' niet zelf aanwezig kon zijn.⁹⁷⁵ Dit veranderde met de uitspraken van het EHRM in de zaken Lala⁹⁷⁶ en Pelladoah.⁹⁷⁷ Naar aanleiding van die uitspraken ging de Hoge Raad in 1995 om en erkende dat de verdachte recht heeft op verdediging, ook als hij er zelf niet is.⁹⁷⁸ Wanneer dat recht in eerste aanleg niet was erkend, kon het verzuim echter wel worden gerepareerd door de raadsman in hoger beroep alsnog het woord te laten voeren. Swart stelde in zijn noot dat dit in strijd was met artikel 6 EVRM, omdat aldus de verdachte van een instantie was uitgesloten.

8.3.1.2 *Beknotting van de niet-uitdrukkelijk gemachtigde raadsman*

In 1998 werd artikel 279 Sv aan de nieuwe inzichten aangepast met de introductie van de gemachtigde raadsman, die ook bij afwezigheid van verdachte diens verdediging kan voeren, mits hij daartoe uitdrukkelijk is gemachtigd.⁹⁷⁹ Ook deze bepaling leidde natuurlijk weer tot vragen die de Hoge Raad moest beantwoorden. Een van die vragen was of artikel 6 EVRM ertoe dwong de raadsman ook het woord te verlenen wanneer hij niet was gemachtigd.

De Hoge Raad gaf dat antwoord in de zaak Bouterse, waarin de raadsman uitdrukkelijk als niet-gemachtigd raadsman was opgetreden, maar wel had verzocht de verdediging te mogen voeren.⁹⁸⁰ Het hof had verstek verleend en de raadsman toegestaan het woord te voeren, maar hem niet toegestaan rechtshandelingen te verrichten en verzoeken te doen. In cassatie werd aangevoerd dat het hof artikel 6 EVRM had geschonden door de eis van een uitdrukkelijke machtiging te stellen als voorwaarde voor het voluit kunnen voeren van de verdediging. De Hoge Raad kon

975 HR 26 februari 1980, NJ 1980, 246 m.nt. A.L.M. Melai was het met deze jurisprudentie eens, gelet op het feit dat in het strafvorderlijk systeem de raadsman slechts van de verdachte afgeleide bevoegdheden heeft.

976 EHRM 22 september 1994, NJ 1994, 733.

977 EHRM 22 september 1994, appl.nr. 16737/90.

978 HR 3 januari 1995, NJ 1995, 517 m.nt. AHJS.

979 Wet van 1 januari 1998, Stb. 33. Deze bepaling trad in werking op 1 februari 1998.

980 HR 23 oktober 2001, NJ 2002, 77 m.nt. JR. De raadsman was A.M. Moszkowicz.

zich hier niet in vinden. Hij kwam op grond van de ratio van de bepaling⁹⁸¹ tot een strikte interpretatie: aan de niet uitdrukkelijk gemachtigde raadsman komen geen andere bevoegdheden toe dan het toelichten van de afwezigheid van de verdachte en het verzoeken om aanhouding om te bewerkstelligen dat de verdachte alsnog van zijn aanwezigheidsrecht gebruik kan maken of alsnog een machtiging kan verstrekken. Wanneer de raadsman niet gemachtigd is, volgt behandeling bij verstek. De Hoge Raad keek uitdrukkelijk naar artikel 6 EVRM: een strikte toepassing van artikel 279 Sv zou in de regel niet met die bepaling in strijd zijn. De raadsman in de zaak Bouterse was dan ook onverplicht het woord verleend. Annotator Reijntjes kon zich wel in deze lijn vinden.⁹⁸²

In 2002 kwam het probleem weer bij de Hoge Raad aan de orde, ditmaal in een doorsnee-strafzaak met een toegevoegde advocaat die geen contact met zijn cliënt had kunnen krijgen.⁹⁸³ Het hof had hem daarom zekerheidshalve toch het woord gegeven. De AG Jörg meende dat gevallen waarin de berechting in eerste aanleg bij verstek had plaatsgevonden, terwijl de dagvaarding in hoger beroep bij gebreke van een vaste woon- of verblijfplaats aan de griffie was betekend, een uitzondering op de door de Hoge Raad geformuleerde regel zouden kunnen vormen. Naar zijn mening ging het om een aanzienlijk deel van de verdachten 'van wie het gebrek aan structuur in hun leven wordt weerspiegeld door het gebrek aan structuur in hun woonhistorie'.⁹⁸⁴ Hij meende dat het irreëel was van dergelijke mensen te verwachten dat ze een advocaat zouden machtigen en vreesde dat dergelijke personen door het stellen van die eis van rechtsbijstand verstoken dreigden te blijven.

De Hoge Raad bleef echter bij zijn eerdere striktheid. Hij oordeelde bovendien dat geen verweren hadden mogen worden gevoerd en behandeld. De tegen de verwerping van die verweren gerichte cassatiemiddelen besprak hij daarom niet.

In zijn noot bij dat arrest stelde ook Schalken dat de Hoge Raad, door aan te nemen dat het niet-machtigen een bewuste keuze is, uitging van een fictie. Naar zijn idee zou alleen dan mogen worden uitgegaan van een bewuste keuze, als daarvoor steun te vinden is in de omstandigheden van het geval.⁹⁸⁵

8.3.2 *Verdere beknottung van de niet-gemachtigde raadsman*

All kritiek kon de Hoge Raad niet vermurwen: in 2003 wees hij twee belangrijke arresten die de positie van de afwezige verdachte er niet beter op maakten.

981 Hij wees erop dat het wetboek van strafvordering meerdere bepalingen kent waarin een machtiging van verdachte voor handelingen van de raadsman wordt vereist. Reden voor dit vereiste is dat de verdachte geacht wordt een bewuste keuze te maken en vervolgens gehouden kan worden aan wat de raadsman namens hem doet. Om die reden was een strikte toepassing op zijn plaats.

982 Hij vond het vereiste van een machtiging niet 'unduly formalistic'. Bovendien zou anders een herstelprocedure in het leven moeten worden geroepen voor de gevallen waarin de verdachte het achteraf niet met zijn raadsman eens bleek te zijn.

983 HR 23 april 2002, NJ 2002, 338 m.nt. Sch.

984 Zie de conclusie onder 14.

985 Zie de noot onder 3.

In het eerste⁹⁸⁶ was de advocaat niet bepaaldelijk gevolmachtigd in de zin van artikel 279 Sv. Ter zitting in hoger beroep deelde hij echter mee dat zijn cliënt hem, direct nadat het vonnis in eerste aanleg was uitgesproken, wel had gemachtigd om hoger beroep in te stellen teneinde alsnog twee getuigen op te roepen en te ondervragen. Ter zitting deed de raadsman dat verzoek dan ook.⁹⁸⁷ Het hof wees het verzoek echter af omdat de niet-gemachtigde raadsman geen verzoeken tot het oproepen van getuigen mag doen. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof in stand. Hij wees op zijn eigen eerdere jurisprudentie, de bedoeling van de wetgever en de tekst van de wet en concludeerde dat artikel 279 Sv geen betrekking heeft op een beperkte machtiging. Knigge was zeer kritisch over dit arrest en sprak over ‘een grauwe bladzijde’ in de geschiedenis van artikel 279 Sv. Hij meende dat de afwijzing van het verzoek van de raadsman neerkwam op een schending van artikel 6 EVRM.⁹⁸⁸ De Hoge Raad voegde aan zijn zojuist genoemde overwegingen nog wat raadselachtig toe dat het de rechter niet aangaat op welke wijze een gemachtigd raadsman de verdediging wenst te voeren en dat hij de mededeling van de raadsman dat hij is gemachtigd evenmin mag onderzoeken. Knigge merkte hierover op dat dit bedoeld of onbedoeld een uitnodiging leek aan de raadsman zonodig ten onrechte te verklaren dat hij was gemachtigd.⁹⁸⁹

8.3.2.1 *Procedure met gemachtigd raadsman is contradictoir*

In dit arrest hakte de Hoge Raad bovendien een andere knoop door: hij overwoog voor het eerst uitdrukkelijk dat de procedure zonder de verdachte maar met een gemachtigd raadsman geldt als een procedure op tegenspraak, waardoor tevens de beroepstermijn veertien dagen na de uitspraak eindigt. Knigge meende dat die strikte toepassing het wettelijk systeem van de termijnen voor hoger beroep en cassatie doorkruist. Aan de bedoeling van de wetgever dat een uitspraak alleen in kracht van gewijsde kan gaan als zeker is dat de verdachte daarvan op de hoogte is wordt immers geen recht gedaan wanneer uit de enkele verklaring van de raadsman dat hij is gemachtigd wordt afgeleid dat de verdachte van de zitting op de hoogte was. Dit is des te schrijnender doordat de verdachte geen mogelijkheid heeft hiertegen achteraf op te komen. Knigge waarschuwde dat de ‘eigen schuld dikke bult’ gedachte die mogelijk aan de lijn van de Hoge Raad ten grondslag lag, verdacht veel leek op de redenering met betrekking tot de ‘klemmende reden’ jurisprudentie, die door het EHRM was afgestraft.

986 HR 8 april 2003, NJ 2003, 723 m.nt. Kn.

987 Of beter gezegd: hij herhaalde het, nu de advocaat-generaal het verzoek hen op te roepen had geweigerd.

988 Het genoemde citaat staat in de eerste regel van zijn uitvoerige annotatie. Hij stelde weliswaar niet met zoveel woorden dat zijns inziens sprake was van een schending van art. 6 EVRM, maar de formulering die hij wel gebruikte kwam daar wel op neer. Die luidde dat het er ‘dicht in de buurt’ kwam en dan drukte hij zich ‘nog voorzichtig uit’.

989 Zie r.o. 3.5.

8.3.2.2 *Eens contradictoir, altijd contradictoir*

Nog waren echter alle vragen rondom artikel 279 Sv niet beantwoord. In december 2003 moest de Hoge Raad zich voor het eerst uitspreken over een geval waarin de procedure op tegenspraak was begonnen, maar de verdachte tijdens latere zittingen afwezig was en zijn raadsman daar niet het woord had gekregen. Het oordeel luidde dat een procedure die eenmaal contradictoir is dat blijft, maar dat de invoering van artikel 279 Sv mee heeft gebracht dat de raadsman in een contradictoire procedure die op nadere zittingen zonder zijn cliënt verschijnt, anders dan voordien, wel steeds moet verklaren of hij bepaaldelijk gevolmachtigd is.⁹⁹⁰ Als hij dat niet is, mag hij het woord niet voeren.⁹⁹¹ De rechtsmiddelen-termijn van veertien dagen geldt echter alleen als tijdens de laatste terechtzitting een gemachtigd raadsman optrad. De Hoge Raad baseerde zijn opvatting in deze op de eisen van een doelmatige en hanteerbare rechtspleging, omdat de wetgever deze situatie ‘niet onder ogen had gezien’.⁹⁹² Ook deze uitspraak werd getroffen door kritiek van de annotator, ditmaal in de persoon van Schalken, die deze loskoppeling onlogisch en onnodig vond.⁹⁹³ Na dit roerige jaar was het pleit wel beslecht. Sindsdien hebben zich geen belangrijke ontwikkelingen op dit terrein meer voorgedaan.⁹⁹⁴

8.3.3 *Geen raadsman bij het politieverhoor*

Het in deze tijd weer actuele onderwerp van de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor was in 1997 aan de orde in het arrest dat bekend is geworden

990 HR 9 december 2003, NJ 2004, 167 m.nt. Sch.

991 Wel liet de Hoge Raad de feitenrechter de mogelijkheid het gemachtigd zijn van de raadsman aan te nemen, als deze al op eerdere zittingen als zodanig was opgetreden. Zie r.o. 3.8.

992 Zie r.o. 3.7.

993 Schalken begreep niet waarom de Hoge Raad deze strenge en bovendien in zijn ogen onlogische lijn koos, terwijl de wetsgeschiedenis op de onderhavige punten onduidelijk was en hier dus niet toe dwong. Hij vond dat het arrest niet aansloot bij het stelsel van strafvordering, dat immers de rechtsgevolgen van tal van gebeurtenissen op een vorige zitting tijdens latere zittingen in stand houdt, zelfs als de terechtzitting opnieuw is aangevangen. Hij vond het ook bepaald vreemd dat tijdens een procedure op tegenspraak de verdediging niet het woord zou mogen voeren. Naar zijn oordeel brengen de eisen van een doelmatige en hanteerbare rechtspleging met zich dat tegenspraak en het vereiste van machtiging niet van elkaar mogen worden losgekoppeld. Tenslotte betrof zijn commentaar het feit dat de raadsman in het onderhavige geval werd afgerekend op het feit dat uit het proces-verbaal van de terechtzitting niet bleek dat hij het woord had gevraagd. Schalken wees erop dat de raadsman op basis van de tot dan toe geldende jurisprudentie niet had kunnen opmaken dat hij een machtiging nodig had en meende dat de Hoge Raad hier rechterlijk overgangsrecht had moeten hanteren (zie de noot onder 8). Overigens creëerde de Hoge Raad dat overgangsrecht later alsnog. Zie HR 22 februari 2005, LJN: AR8086.

994 Enigszins opmerkelijk is nog wel HR 5 juni 2007, NJ 2007, 339. Hierin herhaalde de Hoge Raad zijn jurisprudentie waaruit volgt dat de niet-gemachtigd raadsman geen verweren mag voeren, dus ook niet terzake van de geldigheid van de betekening van de dagvaarding. Het opmerkelijke was dat de Hoge Raad oordeelde dat als de feitenrechter de raadsman hiertoe toch in de gelegenheid stelt en de raadsman daaromtrent desalniettemin geen verweer voert, in cassatie niet meer mag worden geklaagd over een eventueel onjuist oordeel van de feitenrechter over de geldigheid van de dagvaarding.

vanwege de Zaanse verhoormethode die er ook in aan de orde was.⁹⁹⁵ De verdachte in deze zaak werd verdacht van moord en vroeg tijdens zijn (zware) verhoren meermalen om aanwezigheid van zijn advocaat. Dit werd hem geweigerd.⁹⁹⁶ Daarover werd in de procedure tot in hoogste instantie geklaagd.⁹⁹⁷

De Hoge Raad overwoog, verwijzend naar een eerdere uitspraak uit 1983,⁹⁹⁸ dat de verdachte noch aan het EVRM, noch aan de nationale wetgeving in algemene zin aanspraak op rechtsbijstand tijdens ieder politieverhoor kan ontleen. Hij overwoog voorts dat ook in het onderhavige geval geen sprake was van een schending, nu het hof had vastgesteld dat de politie herhaaldelijk had getracht contact tussen de verdachte en zijn raadvrouw tot stand te brengen en de verdachte tussen en tijdens de verhoren zijn raadvrouw steeds had kunnen spreken.⁹⁹⁹ De Hoge Raad besteedde nog wel aandacht aan de adviezen van de Commissie Moons, die de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor onder omstandigheden mogelijk had willen maken, maar liet het bij de constatering dat, al was de discussie nog gaande, dit voorstel niet door de Tweede Kamer was overgenomen.

In 2009 kwam de kwestie van de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor weer ter tafel, naar aanleiding van het Salduz-arrest van het EHRM.¹⁰⁰⁰ De Hoge Raad concludeerde uit deze uitspraak dat de verdachte de gelegenheid moet worden geboden voorafgaand aan zijn verhoor door de politie een advocaat te raadplegen en dat hij ook op dat recht moet worden gewezen. Het niet, of niet in redelijkheid bieden van die gelegenheid is een vormverzuim dat leidt tot bewijsuitsluiting van de aldus afgelegde verklaring en het bewijsmateriaal dat als rechtstreeks gevolg daarvan is verkregen. Het recht op rechtsbijstand in de vorm van aanwezigheid bij het politieverhoor is echter volgens de Hoge Raad niet uit deze uitspraak af te leiden, met uitzondering van de minderjarige verdachte, die wel recht heeft op bijstand van een raadsman of een andere vertrouwenspersoon.¹⁰⁰¹

Nadien zijn nog de nodige arresten over dit onderwerp geweest, maar tot op heden heeft de Hoge Raad het recht op aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor nog niet erkend. Uit deze arresten blijkt eerder van een restrictieve interpretatie van de Salduz-maatstaf. Zo heeft deze bijvoorbeeld geen derdenwerking,¹⁰⁰² geldt deze niet zonder meer bij niet-aangehouden verdachten,¹⁰⁰³

995 HR 13 mei 1997, NJ 1998, 152 m.nt. Sch.

996 Ook tijdens de verhoren die plaatsvonden nadat hij aan de RC was voorgeleid en die derhalve als 'gedelegeerde RC-verhoren' kunnen worden aangemerkt. Relevant is ook nog dat uit het arrest blijkt dat de officier van justitie wel bij de verhoren aanwezig was.

997 De middelen werden ingediend door G.E.M. Later.

998 HR 22 november 1983, NJ 1984, 805.

999 R.o. 9.1 en 9.2.

1000 EHRM 2 november 2008, *Salduz t. Turkije*. Zie hierover ook hoofdstuk 3, onder 7.3.6.

1001 HR 30 juni 2009, LJN: BH3079. De Hoge Raad volgde hiermee zijn advocaat-generaal Knigge, die echter in zijn conclusie ook de mogelijkheid van een ruimere interpretatie besprak en bij het EHRM een tendens in die richting meende te bespeuren.

1002 HR 7 juni 2011, NJ 2011, 375.

1003 HR 9 november 2010, NJ 2010, 615.

zelfs niet als deze minderjarig is¹⁰⁰⁴ en ook niet als de verdachte buiten een verhoorsituatie spontaan een verklaring aflegt.¹⁰⁰⁵ Anderzijds houdt de Hoge Raad wel strikt de hand aan de bewijsuitsluiting.¹⁰⁰⁶

8.3.4 *Diverse beslissingen*

In 1989 oordeelde de Hoge Raad dat uit artikel 6 EVRM kan voortvloeien dat het openbaar ministerie verplicht is de verdediging aanwezig te laten zijn bij getuigenverhoren die worden uitgevoerd door de politie. Dat het hof op grond van de vastgestelde feiten had geoordeeld dat het openbaar ministerie dat in het betreffende geval ook had moeten doen gaf dan ook geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.¹⁰⁰⁷

In 1993 besliste hij dat de rechter aan de verdachte tegen wie een bevel tot voorlopige hechtenis is afgegeven een raadsman moet toevoegen, ook als de voorlopige hechtenis geschorst is.¹⁰⁰⁸

In 1994 erkende de Hoge Raad het afgeleide verschoningsrecht van door de verdediging ingeschakelde deskundigen¹⁰⁰⁹ en het recht van de raadsman aanwezig te zijn bij een huiszoeking in de zaak tegen zijn cliënt, ook al is deze zelf niet aanwezig.¹⁰¹⁰

Wat later dat jaar benadrukte de Hoge Raad de kernrol van de raadsman ter zitting, door te oordelen dat de onverklaarde afwezigheid van de raadsman noopt tot onderzoek door de rechter. De enkele aantekening op de dagvaarding dat een afschrift aan de raadsman was verstrekt achtte hij niet langer voldoende.¹⁰¹¹ De Hullu tekende bij deze uitspraak aan dat deze paste bij recente jurisprudentie waarin aan de mogelijkheid van tegenspraak, door de verdachte én zijn raadsman, grote waarde wordt gehecht.

In 2006 liet een rechter-commissaris een verdachte die zijn eigen verdediging voerde, niet toe bij de verhoren van getuigen om wie hij zelf had gevraagd en van wie hij de verklaringen betwistte. De Hoge Raad oordeelde dat de rechter-commissaris in een dergelijk geval ambtshalve een raadsman moest toevoegen en dat bewijsuitsluiting moest volgen nu dit niet was gebeurd.¹⁰¹²

¹⁰⁰⁴ HR 12 juni 2012, NJ 2012, 464.

¹⁰⁰⁵ HR 15 mei 2012, NJ 2012, 398.

¹⁰⁰⁶ Zie bijv. HR 13 september 2011, NJ 2011, 556.

¹⁰⁰⁷ HR 5 december 1989, NJ 1990, 719 m.nt. Sch. Dit arrest werd ook besproken in hoofdstuk 7, onder 7.3.6 Schending verdedigingsrechten.

¹⁰⁰⁸ HR 1 juni 1993, NJ 1994, 67 m.nt. C. Nalatigheid op dit punt leverde substantiële nietigheid op.

¹⁰⁰⁹ HR 29 maart 1994, NJ 1994, 552 m.nt. 'tH. Opmerking verdient dat in casu de schriftuur te laat was ingediend, maar dat de Hoge Raad de kwestie ambtshalve beoordeelde.

¹⁰¹⁰ HR 1 maart 1994, NJ 1994, 526 m.nt. Kn. De Hoge Raad voegde daar wel aan toe dat het niet toelaten van de raadsman niet leidt tot onrechtmatigheid van de huiszoeking. Het recht van verdachte zich tijdens een huiszoeking te doen bijstaan, destijds vastgelegd in art. 99 lid 3 Sv (thans m.b.t. de doorzoeking in art. 99a Sv), strekt er immers niet toe de bevoegdheid van de rechter-commissaris tot het doen van huiszoeking te beperken.

¹⁰¹¹ HR 1 juli 1997, NJ 1997, 675 m.nt. JdH.

¹⁰¹² HR 7 maart 2006, NJ 2006, 195. Hij beriep zich hiertoe op de wetsgeschiedenis van de regeling van het horen van getuigen door de rechter-commissaris, waaruit hij afleidde dat deze ertoe strekte

In 2007 deed de Hoge Raad uitspraak in een zaak waarin de raadsman in zijn pleidooi was afgeweken van de proceshouding van zijn cliënt, waarna deze het woord vroeg maar niet kreeg. Tijdens de daaropvolgende zitting deelde verdachte tijdens zijn laatste woord mee dat hij zijn raadsman ontslagen had omdat hij het oneens was met diens pleidooi. Het hof zette de behandeling van de zaak voort, omdat de verdachte dit punt eerder aan de orde had kunnen stellen en het proces al tot het laatste woord was gevorderd. De Hoge Raad achtte dit oordeel niet zonder meer begrijpelijk nu de verdachte, nadat door de advocaat-generaal op de discrepantie tussen zijn proceshouding en het pleidooi was gewezen, direct het woord had gevraagd, maar niet had gekregen.¹⁰¹³

Ook in 2009 deed de Hoge Raad een opmerkelijke uitspraak over de verantwoordelijkheid van de rechter voor de rechtsbijstand aan de verdachte. In de zaak van Julien C., verdacht van de moord op een scholier, had de verdachte ervoor gekozen zich in hoger beroep zelf te verdedigen.¹⁰¹⁴ Het hof had hem een raadsman toegevoegd, die ter zitting in hoger beroep ook in de zaal aanwezig was om de verdachte toch te kunnen bijspringen, maar daarvan had deze geen gebruik gemaakt. Hij werd veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf.

In cassatie voorzag de verdachte zich (noodgedwongen) toch weer van rechtsbijstand. Advocaten Hamer en De Boer klaagden dat het hof niet zonder meer had mogen aannemen dat de verdachte afstand had gedaan op zijn recht op rechtsbijstand en dat daarom artikel 6 EVRM was geschonden. De Hoge Raad was het daarmee eens. Hij oordeelde dat de rechter zich er steeds van moet vergewissen dat afstand van rechtsbijstand ondubbelzinnig, desbewust en vrijwillig is gedaan.¹⁰¹⁵ In het concrete geval achtte hij het onterecht dat het hof de keuze van verdachte zonder meer had aanvaard omdat het hof diens motieven voor die keuze niet had onderzocht, terwijl uit de opgegeven reden (dat de verdachte dacht dat zijn veroordeling al vaststond als hij zich zou laten bijstaan) aanwijzingen vielen te putten dat hij de draagwijdte van die keuze niet ten volle overzag. Voorts bleek niet dat het hof op enig moment verdachte het belang van rechtsbijstand en de consequenties van de door hem ingenomen proceshouding had voorgehouden in het

dat zoveel mogelijk recht wordt gedaan aan het ondervragingsrecht van de verdediging. Met het oog daarop is art. 187a Sv opgenomen, met het voorschrift dat aan de verdachte die geen raadsman heeft er een wordt toegevoegd als die bevoegd zou zijn het verhoor bij te wonen en de getuigen vragen te stellen. Nu dit het geval was had de rechter-commissaris deze bepaling moeten toepassen.

1013 HR 5 juni 2007, NJ 2007, 424 m.nt. Schalken.

1014 HR 17 november 2009, LJN: BI2315.

1015 Als hij daarvan overtuigd is, zal hij bovendien tijdens de behandeling van de zaak 'bijzondere aandacht' voor de positie van de verdachte moeten houden en hem waar nodig van 'informatie' moeten voorzien die de verdachte voor zijn verdediging nodig heeft.

licht van hetgeen er voor hem op het spel stond. De Hoge Raad vernietigde daarom het arrest

8.4 Getuigen

8.4.1 *Anonieme getuigen*

Deze paragraaf vangt aan met aandacht voor twee bijzondere soorten van getuigen, te weten de anonieme getuige en de kroongetuige. In de onderzochte periode kwamen zij veelvuldig bij de Hoge Raad ‘over de vloer’.

Vóór Kostovski

Zoals in het vorige hoofdstuk werd besproken, was de anonieme getuige als leverancier van bewijsmateriaal al vóór 1988 in het Nederlandse strafprocesrecht aanvaard. De Hoge Raad stelde daaraan nauwelijks voorwaarden en zag er (in ieder geval tot het Unterpertinger-arrest¹⁰¹⁶) ook geen probleem in als het verhoor van een dergelijke getuige buiten aanwezigheid van de verdediging was afgenomen.¹⁰¹⁷ In 1988 oordeelde de Hoge Raad voorts dat de stelling dat het gebruik van anonieme verklaringen voor het bewijs alleen toelaatbaar is als het gaat om ernstige strafbare feiten geen steun vindt in het recht.¹⁰¹⁸ De anonieme getuige leek dus vrij baan te krijgen.

Na Kostovski

Een jaar later wees het EHRM echter het Kostovski-arrest waarin Nederland werd veroordeeld omdat voor het bewijs in beslissende mate gebruik was gemaakt van anonieme getuigenverklaringen, terwijl de verdediging niet in de gelegenheid was gesteld die getuigen te ondervragen.¹⁰¹⁹ Dat leidde ertoe dat de Hoge Raad zijn jurisprudentie aanpaste en voorwaarden aan het gebruik van anonieme getuigenverklaringen ging stellen.¹⁰²⁰ Die voorwaarden hielden ten eerste in dat de rechter de identiteit van die getuige zelf moest kennen.¹⁰²¹ Ten tweede moest hij zijn

1016 EHRM 24 november 1986, NJ 1988, 745 m.nt. EAA.

1017 Zie HR 4 mei 1981, NJ 1982, 268 m.nt. ThWvV. De enige voorwaarde die de Hoge Raad stelde was dat indien anonieme verklaringen voor het bewijs werden gebruikt dat moest gebeuren ‘met inachtneming van de behoedzaamheid die bij de waardering van de overtuigende kracht van bewijsmiddelen geboden is.’

1018 HR 8 november 1988, NJ 1989, 495 m.nt. ThWvV.

1019 *Kostovski t. Nederland*, EHRM 20 november 1989, NJ 1990, 245 m.nt. Alkema. De klacht was ingediend door T. Spronken.

1020 HR 2 juli 1990, NJ 1990, 692 m.nt. ThWvV. Later dat jaar bleek de Hoge Raad wel de mogelijkheid openliet de Kostovski-uitspraak te omzeilen, door te oordelen dat geen rechtsregel eraan in de weg staat een op codenaam opgemaakt p.v. als ‘ander geschrift’ tot het bewijs te bezigen. Daarbij moet echter wel worden aangetekend dat in het betreffende geval de verdediging niet had verzocht de anonieme verbalisanten te horen en evenmin de juistheid van hun waarnemingen had bestreden. Annotator ’t Hart wees erop dat als dat wel was gebeurd deze ‘vluchtweg’ niet had kunnen worden gebruikt. Zie HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 203 m.nt. ‘tH.

1021 Van Veen wees er in zijn noot bij deze uitspraak op dat dit ook een rechter-commissaris mocht zijn.

oordeel geven over de betrouwbaarheid van de betreffende verklaring en over de gegrondheid van de wens om anoniem te blijven. Ten slotte diende de rechter de verdediging in de gelegenheid te stellen op enigerlei wijze aan de getuige vragen te stellen of te doen stellen.

In datzelfde jaar werden in het Mariënburchtarrest enkele uitzonderingen op deze regels geformuleerd: anonieme verklaringen mochten wel voor het bewijs gebruikt worden als niet op enig moment in het geding was verzocht de anonieme getuige(n) te (doen) horen, het bewijs in de zaak in belangrijke mate steunde op bewijs uit andere, niet-anonieme bron en niet bleek dat de verdediging de juistheid van de anonieme informatie had bestreden.¹⁰²²

Van Mechelen

In 1992 behandelde de Hoge Raad twee zaken, waarvan er een later¹⁰²³ bekend zou worden omdat de verdachte, Van Mechelen, succes had met zijn klacht in Straatsburg. In deze zaken¹⁰²⁴ woog de Hoge Raad voor het eerst het recht van getuigen op veiligheid en privacy af tegen het recht van de verdachte op een eerlijke procedure.¹⁰²⁵ Van de anonieme politieambtenaren, die in deze zaak op verzoek van verdediging door de rechter-commissaris waren gehoord,¹⁰²⁶ kon naar zijn oordeel niet worden gevergd dat zij ook nog eens ter openbare terechtzitting moesten verschijnen.¹⁰²⁷ De Hoge Raad erkende dat dit een inbreuk op het verdedigingsrecht

¹⁰²² HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 442 m.nt. C.

¹⁰²³ Te weten na de vernietiging van dit arrest door het EHRM in 1997 (EHRM 23 april 1997, NJ 1997, 635 m.nt. Kn)

¹⁰²⁴ HR 9 juni 1992, NJ 1992, 772 en 773 m.nt. Kn. In deze zaken, die betrekking had op een overval en een daarop volgende schietpartij tussen de overvallers en de politie, leunde de bewijsvoering zwaar op waarnemingen door anoniem gebleven leden van observatie- en arrestatieteams, die bij de rechter-commissaris in bijzijn van de verdediging waren gehoord. Zie hierover ook hoofdstuk 10, onder 10.2.3, en hoofdstuk 11, onder 11.1.4.

¹⁰²⁵ In de cassatie in de zaak tegen W.V., de medeverdachte van Van Mechelen, werd door diens raadsman Spong geklaagd over het feit dat het hof het verzoek de betreffende ambtenaren ook ter zitting te horen had afgewezen en hun verklaringen had gebruikt voor het bewijs. Althans, zo is de klacht in middel IV door de Hoge Raad weergegeven. Merkwaardigerwijs blijkt uit de weergave van het middel zelf niet dat over het gebruik van de verklaringen voor het bewijs is geklaagd, terwijl daaruit evenmin valt af te leiden dat die weergave onvolledig zou zijn.

¹⁰²⁶ Waarbij de verdachten en hun raadsliden de verhoren via een geluidsverbinding konden volgen en vragen konden stellen, zo blijkt uit het latere arrest van het EHRM terzake.

¹⁰²⁷ Met betrekking tot de afwijzing van het verzoek tot oproeping verstond hij dat het hof had geoordeeld dat a) de verdachte daardoor redelijkerwijs niet in zijn verdediging kon worden geschaad, terwijl de noodzaak om de getuigen alsnog op te roepen niet was gebleken (opmerkelijk genoeg hanteerde de Hoge Raad hier beide criteria naast elkaar, terwijl het hof alleen het verdedigingsbelang als criterium noemde) en b) verschijning van die opsporingsambtenaren ter terechtzitting de kans op onthulling van hun identiteit meebracht en daarmee tevens een, door het hof kennelijk onaanvaardbaar geacht, gevaar voor hun veiligheid en die van hun respectieve gezinnen, waardoor die verschijning niet van die opsporingsambtenaren kon worden gevergd. De Hoge Raad achtte de aldus aangelegde maatstaven de juiste.

was, maar achtte die niet zo groot dat sprake was van schending van artikel 6 EVRM.¹⁰²⁸

In 1997 werd het arrest in de zaak Van Mechelen overruled door het EHRM.¹⁰²⁹ Het Europese Hof achtte met name de verhoren bij de rechter-commissaris, waarbij de raadslieden niet in de gelegenheid waren gesteld de getuigen rechtstreeks te bevragen, te beperkend. Ook was het hof van oordeel dat onvoldoende onderzoek was gedaan naar de noodzaak van de anonimiteit van de politiemensen.¹⁰³⁰ Nu het bewijs bovendien in beslissende mate op de anonieme verklaringen berustte, was naar het oordeel van het EHRM sprake van een schending van artikel 6 EVRM.

Na invoering van de Wet Getuigenbescherming

In 1994 werd de Wet Getuigenbescherming ingevoerd.¹⁰³¹ De anonieme getuige werd de bedreigde getuige.¹⁰³² De wet bevatte regels voor de toekenning van de status van bedreigde getuige, het verhoor van een degelijke getuige (en de rechten van de verdediging daarbij) en het gebruik van anonieme verklaringen voor het bewijs.

Sindsdien heeft de Hoge Raad die wetgeving verhelderd en verfijnd, zoals hij dat ook met artikel 359a Sv deed. De belangrijkste nieuwigheid van die jurisprudentie was dat de zittingsrechter niet bevoegd is te beoordelen of de getuige door de rechter-commissaris terecht als bedreigde getuige is aangemerkt, maar dat hij diens verklaring van het bewijs kan uitsluiten als hij meent dat fundamentele gebreken kleven aan de wijze van totstandkoming of de inhoud van het betreffende bevel.¹⁰³³ Ook van belang is dat de Hoge Raad oordeelde dat een politiegetuige die niet op naam, maar op codenummer verklaart, niet kan worden beschouwd als 'iemand wiens identiteit niet blijkt'.¹⁰³⁴

1028 Het gebruik van de getuigenverklaringen voor het bewijs achtte de Hoge Raad toelaatbaar omdat was voldaan aan de voorwaarden die hij in het hiervoor behandelde 'post-Kostovski-arrest' had gesteld, waardoor aan de verdediging voldoende compensatie was geboden voor het nadeel dat door de anonimiteit van de getuigen was ontstaan. Ten tweede vonden de verklaringen steun in elkaar en in ander bewijsmateriaal. Annotator Knigge vond dat de Hoge Raad 'een flinke draai' gaf aan de overwegingen van het hof, dat de afwijzing van het verzoek had gebaseerd op een gebrek aan verdedigingsbelang omdat de getuigen al bij de rechter-commissaris waren gehoord. Hij kon er echter wel mee instemmen dat (wat hij noemde) overmacht aan de zijde van de getuigen niet werd gepresenteerd als een gebrek aan belang aan de zijde van de verdachte.

1029 *Van Mechelen t. Nederland*, EHRM 23 april 1997, NJ 1997, 635 m.nt. Kn.

1030 Daarbij stelde het hof voorop dat anonimiteit van politiemensen slechts bij uitzondering toelaatbaar is.

1031 Wet getuigenbescherming (Stb. 1993, 603), in werking getreden op 1 februari 1994. Aanleiding voor deze wet waren de genoemde ontwikkelingen in de jurisprudentie tot dan toe.

1032 Zie art. 226a Sv.

1033 Zie HR 30 juni 1998, NJ 1999, 88 m.nt. JR en HR 20 april 1999, NJ 1999, 677, m.nt. tH. Voorzover bekend heeft de Hoge Raad nooit een zaak bereikt waarin dat laatste was gebeurd.

1034 HR 29 april 1997, NJ 1997, 666, m.nt. 'tH onder NJ 1999, 667.

Visser

Dat betekende echter niet dat Nederlandse uitspraken over anonieme getuigen nu steeds de Straatsburgse goedkeuring konden wegdragen. Dat bleek wel in 2002, toen het EHRM in de zaak Visser¹⁰³⁵ opnieuw een klacht tegen Nederland gegrond verklaarde wegens een veroordeling op basis van de verklaring van een anonieme getuige.¹⁰³⁶ De betreffende getuige had Visser van een foto herkend, maar wilde uit angst voor represailles anoniem blijven.¹⁰³⁷ De Hoge Raad had de zaak twee keer behandeld. De eerste keer vernietigde hij het arrest van het hof, omdat niet was voldaan aan de in 1990 geformuleerde regels,¹⁰³⁸ terwijl niet kon worden gezegd dat het bewijs in belangrijke mate steunde op andere, niet-anonieme bron.¹⁰³⁹ Maar nadat de anonieme getuige door een rechter-commissaris was gehoord en Visser opnieuw met gebruikmaking van deze verklaring was veroordeeld, zag de Hoge Raad geen reden meer tot vernietiging van het betreffende arrest.¹⁰⁴⁰

Het Europees Hof vond daarentegen dat zowel de rechter-commissaris als het gerechtshof onvoldoende hadden onderzocht of de getuige daadwerkelijk voldoende redenen had om voor zijn veiligheid te vrezen. Het wees er tevens op dat de Hoge Raad in zijn eerste arrest oordeelde dat de veroordeling niet in belangrijke mate steunde op bewijs uit een andere bron, terwijl aan de nieuwe veroordeling geen nieuw bewijsmateriaal ten grondslag lag.¹⁰⁴¹

1035 Deze zaak wordt ook besproken in hoofdstuk 11, onder 11.1.8.

1036 *Visser t. Nederland*, EHRM 14 februari 2002, NJ 2002, 378 m.nt. Sch.

1037 Visser en zijn medeverdachte werden verdacht van wederrechtelijke vrijheidsberoving en bedreiging van een zekere A. Het zou gaan om een wraakactie. A (her)kende de verdachten niet. De politie constateerde tijdens het onderzoek dat veel getuigen bang waren voor de verdachten. Slechts een getuige herkende hen van foto's als de mannen die op de avond van de ontvoering naar A op zoek waren. Deze herkenning was dus cruciaal voor de veroordelingen die volgden.

1038 In 2004 als gezegd in grote lijnen gecodificeerd in de Wet Getuigenbescherming.

1039 HR 14 september 1992, NJ 1993, 54 m.nt. ThWvV. De reden voor vernietiging was dat niet was voldaan aan de in 1990 geformuleerde regels, terwijl niet kon worden gezegd dat het bewijs in belangrijke mate steunde op andere, niet-anonieme bron.

1040 HR 7 juni 1994, dus (anders dan Schalken in zijn noot onder het EHRM-arrest inzake Visser opmerkt) na de inwerkingtreding van de Wet getuigenbescherming. Dit arrest is niet gepubliceerd, maar de beslissing en de motivering ervan zijn uit de 'circumstances of the case' in het op Hudoc gepubliceerde volledige arrest van het EHRM kenbaar. De getuige had de rechter-commissaris verteld dat hij of zij met name bang was voor een van de medeverdachten van Visser die als zeer agressief bekend stond en dat het feit waarover de zaak ging een soort wraakactie was geweest. De rechter-commissaris vond dit, gecombineerd met de mededelingen van de politie over de angst die bij andere getuigen bestond, voldoende voor anonimiteit. Visser's advocaat volgde het verhoor vanuit een andere kamer en had vragen kunnen stellen. Visser wees er in zijn beroep bij het EHRM onder meer op dat de getuige hem persoonlijk niet kende en dat de medeverdachte voor wie de getuige zo bang was jaren voor het verhoor van de getuige bij de RC in vrijheid was gesteld en geen enkele aanleiding had gegeven voor de gedachte dat hij mogelijk tot het plegen van geweld zou overgaan. Het EHRM noteerde in zijn arrest overigens dat de Hoge Raad de beslissing van de rechter-commissaris niet onjuist of onbegrijpelijk achtte, maar dat oordeel zal hij niet gegeven hebben.

1041 In het ten tijde van de tweede beslissing van de Hoge Raad net in werking getreden art. 344a Sv was destijds opgenomen dat het bewijs niet uitsluitend mocht berusten op verklaringen van bedreigde of (anderszins) anonieme getuigen. Later is daaraan toegevoegd dat het bewijs daarop evenmin 'in beslissende mate' mag berusten.

In zijn noot onder het arrest van het EHRM wees Schalken op de zeer feitelijke toetsing door het EHRM. Hij vroeg zich af hoe lang de Hoge Raad zijn distantie ten opzichte van de feiten kon blijven handhaven: *“De sterk casuïstische benadering van het Europese Hof leidt onvermijdelijk tot uitholling van ons cassatiesysteem. Sluipenderwijs.”*

8.4.2 Kroongetuigen

We gaan weer even wat terug in de tijd voor een ander soort bijzondere getuige, de kroongetuige.

‘En daar is hij dan: de kroongetuige’

Deze deed zijn intrede in ons strafrecht in 1994, in de vorm van een slachtoffer van een door politiemensen gepleegde ripdeal aan wie immuniteit voor zijn eigen aandeel in de strafbare feiten was toegezegd.¹⁰⁴² De Hoge Raad vond dat het oordeel van het hof, dat een dergelijke toezegging toelaatbaar was omdat het ging om ernstige feiten die niet op een andere manier konden worden opgelost,¹⁰⁴³ geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting en evenmin onbegrijpelijk was.

Annotator Swart¹⁰⁴⁴ wees op de politieke betekenis van het arrest. De discussie over de kroongetuige was toen pas net begonnen. Nu de Hoge Raad dit fenomeen had aanvaard, zou de discussie verder dus niet meer gaan over de aanvaardbaarheid daarvan, maar over de gevallen waarin, en de voorwaarden waaronder de kroongetuige zou mogen worden gebruikt. Qua motivering vond Swart het arrest een dieptepunt.¹⁰⁴⁵ Hij constateerde dat de Hoge Raad, net als in het geval van de anonieme getuige en de agent-provocateur, groen licht gaf aan de rechtspraak tot het gebruik van een figuur waaraan buitengewone gevaren verbonden zijn, zonder enige werkelijke poging te doen dit gebruik op voorhand te normeren.¹⁰⁴⁶ Onder de maat van het mensenrechtenverdrag was het echter niet: de Europese Commissie

1042 HR 15 februari 1994, NJ 1994, 322 m.nt. AHJS. In een Antilliaanse zaak werd aan deze getuige toegezegd toegezegd dat hij zelf niet voor drugsdelicten zou worden vervolgd. Het hof achtte dit geen belemmering voor een veroordeling, omdat het ging om ernstige feiten die niet op een andere manier tot klaarheid konden worden gebracht.

1043 Het hof oordeelde dat het OM aldus een redelijk doel nastreefde. De verdediging had bepleit dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moest worden verklaard en klaagde in cassatie over de verwerping van dat verweer. Betoogd werd dat in strijd met artikel 6 EVRM in feite een soort kroongetuigenregeling was toegepast zonder wettelijke basis. De Hoge Raad zag daarin kennelijk dus geen bezwaar.

1044 Swart schreef in zijn noot de roemruchte woorden: ‘En daar is hij dan, de kroongetuige’. Hij vervolgde met: ‘Even onverhoeds als de agent provocateur en de anonieme getuige en met even weinig woorden neemt hij plaats in het arsenaal van mogelijkheden die politie en justitie ten dienste staan bij het opsporen en berechten van strafbare feiten.’

1045 ‘Het (arrest-AR) verantwoordt niets en gaat met niemand in discussie.’

1046 Swart vond dat dat wel had moeten: ‘Het lijkt me dat een cassatierechter in zaken van fundamenteel strafprocessueel belang moet kiezen. Ofwel hij staat geheel nieuwe onderzoeksfiguren met talrijke implicaties voor strafprocessuele verhoudingen toe maar poogt tegelijkertijd al dadelijk zelf aan het gebruik daarvan waarborgen te verbinden. Ofwel hij laat het initiëren van zulke nieuwe figuren aan de wetgever over.’

voor de Rechten van de Mens verklaarde de door de verdachte in deze zaak ingediende klacht niet-ontvankelijk.¹⁰⁴⁷

De eerste 'echte' kroongetuigen

Nadat in 1995 en 1996 nog wat minder prominente zaken op dit terrein aan de orde waren geweest,¹⁰⁴⁸ verschenen in 1998 en 1999 de eerste uitspraken met betrekking tot 'echte' kroongetuigen, te weten in respectievelijk de zaken Lorsé en Verhoek (en diens medeverdachte Koos R.).¹⁰⁴⁹ In beide zaken voerde de verdediging aan dat de gedane toezeggingen aan de getuigen in ruil voor belastende verklaringen tot niet-ontvankelijkheid of ten minste bewijsuitsluiting moesten leiden, omdat deze afspraken wettelijke grondslag misten en in strijd waren met de beginselen van een behoorlijke procesorde. Aan de ene getuige was toegezegd dat hij niet zou worden vervolgd,¹⁰⁵⁰ aan de ander dat hij niet actief zou worden opgespoord.

De zaak Lorsé

In cassatie in de zaak Lorsé werd onder meer geklaagd over het feit dat het hof deze toezeggingen had aanvaard op grond van in 1983 vastgelegd beleid ten aanzien van het maken van afspraken met criminelen, terwijl onder meer het parlement en het kabinet deze afspraken al voor de uitspraak van het hof als verouderd hadden aangemerkt en hadden uitgesproken dat de kroongetuige niet in het Nederlandse strafprocesrecht moest worden ingevoerd.¹⁰⁵¹

1047 Zoals blijkt uit een noot van Knigge bij HR 19 maart 1996, NJ 1997,59. Het ECRM legde de nadruk op het feit dat de 'kroongetuige' het slachtoffer (en geen mededader) was. De gedane toezegging leidde er alleen toe dat hij in vrijheid kon verklaren zonder dat dit tegen hem gebruikt kon worden.

1048 Zie HR 23 mei 1995, NJ 1995, 683 m.nt. Sch, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de rechter, ingeval van een verweer inzake de betrouwbaarheid van een verklaring van een getuige die zich op grond van een in het buitenland afgesloten plea-bargaining overeenkomst wellicht verplicht voelt te verklaren conform de met de betreffende autoriteiten gemaakte afspraken, terzake onderzoek zal moeten doen. De verklaring is alleen bruikbaar voor het bewijs als de verdediging in staat is gesteld de getuige te ondervragen of te doen ondervragen. Als aan die voorwaarde niet is voldaan, bijvoorbeeld omdat een nader verhoor niet mogelijk was, kan de verklaring echter toch worden gebruikt als zij voldoende steun vindt in andere bewijsmiddelen. Zie voorts HR 19 maart 1996, NJ 1997, 59 m.nt. Kn, waarin aan een medeverdachte was toegezegd dat als hij bij zijn eerder afgelegde (voor de verdachte belastende) verklaringen zou blijven, daarmee bij de eis rekening zou worden gehouden. De Hoge Raad zag daarin geen probleem. Er bestond immers geen causaal verband tussen die verklaring en de toezegging. Annotator Knigge vond dat de Hoge Raad daarmee het punt miste. Zijns inziens ging het om de vraag of de verdediging door de beïnvloeding van een getuige die ter zitting gehoord moet worden, zodanig is belemmerd in haar mogelijkheden om de juistheid aan te vechten van de door die getuige *in het vooronderzoek* afgelegde verklaringen, dat het gebruik van *die* verklaringen met een eerlijk proces niet is te rijmen.

1049 Lorsé: HR 30 juni 1998, NJ 1998, 799 m.nt. Sch en Verhoek: HR 6 april 1999, NJ 1999, 565 m.nt. Sch.

1050 Met uitzondering van eventuele levensdelicten.

1051 De cassatiemiddelen in de zaak Lorsé werden opgesteld door A.A. Franken en Tj.E. van der Spoel.

De Hoge Raad overwoog dat hij geen algemeen oordeel over het begrip ‘kroongetuige’ zou geven, omdat het debat over dit onderwerp op dat moment in volle gang was. Onder die omstandigheden vond hij dat het geven van algemene regels de rechtsvormende taak van de rechter te buiten ging en dat een wettelijke regeling geboden was. Zo lang die regeling er niet was, zou de rechter ‘zich uitsluitend moeten bepalen tot toetsing van de concrete omstandigheden van het geval aan de in artikel 6 EVRM aan een verdachte gewaarborgde fundamentele rechten en aan de mede uit artikel 6 EVRM afgeleide beginselen van een behoorlijke procesorde.’¹⁰⁵² Wel creëerde hij een motiveringsplicht voor wat betreft de betrouwbaarheid van deze verklaringen. Daarbij stelde hij voorop dat in beginsel verklaringen die in ruil voor toezeggingen van het openbaar ministerie zijn verkregen niet mogen meewerken aan het bewijs, tenzij de betreffende getuigen zijn gehoord door de rechter en de verdediging van haar ondervragingsrecht gebruik heeft kunnen maken.¹⁰⁵³ Wanneer dat laatste echter niet mogelijk was geweest tengevolge van omstandigheden die niet aan justitie konden worden toegerekend, was op die regel een uitzondering mogelijk, mits de verdediging zoveel mogelijk was gecompenseerd voor dit nadeel. Ondanks de negatieve formulering was dus veeleer sprake van ‘ja, mits’, dan van ‘nee, tenzij’.

Schalken verwonderde zich in zijn noot bij dit arrest over de op tegendraadsheid lijkende terughoudendheid van de Hoge Raad, nu de maatschappelijke consensus van dat moment toch was dat de kroongetuige niet moest worden ingevoerd.¹⁰⁵⁴ Het lijkt erop dat voor de Hoge Raad in deze zaak, evenals bij de hierna te bespreken zaak tegen Verhoek, de ernst van de verdenkingen tegen deze verdachte,¹⁰⁵⁵ dan wel het belang van de bestrijding van grote en gewelddadige criminele organisaties in het algemeen, zwaarder heeft gewogen dan de politieke consensus van dat moment en de rechtsbescherming van deze verdachte.

De ‘octopus’-zaken

In de zaken tegen Verhoek en zijn medeverdachte R. – het ‘octopus-proces’¹⁰⁵⁶ – zette de Hoge Raad de ingezette lijn voort en verwees ook naar Straatsburgse

1052 R.o. 5.2.3. De Hoge Raad tekende hierbij wel aan dat niet was uitgesloten dat het uitblijven van een wettelijke regeling te eniger tijd tot een andere afweging zou leiden.

1053 De Hoge Raad constateerde ook dat het EHRM tot op dat moment het gebruik van kroongetuigen evenmin in algemene zin had afgewezen.

1054 Hij verwees onder meer naar het op dat moment in voorbereiding zijnde wetsvoorstel, waarin de kroongetuige nu juist niet zou worden geïntroduceerd. Dat voorstel was een uitwerking van de voorstellen die de Commissie Van Traa terzake had gedaan, welke voorstellen waren overgenomen door de Tweede Kamer. Van belang op te merken is dat als ‘kroongetuige’ in dat voorstel werd beschouwd hij aan wie in ruil voor zijn verklaring algehele immuniteit is toegezegd. Wel werden daarin ‘deals met criminelen’ geregeld, hierin bestaand dat een lagere strafeis of een lichter detentieregime wordt toegezegd.

1055 Lorsé en Verhoek werden beschouwd als behorend tot de grootste criminele leiders van dat moment en werden in verband gebracht met liquidaties.

1056 De vervolging van Verhoek, bekend onder zijn bijnaam ‘de hakkelaar’, maakte onderdeel uit van de vervolging van een criminele organisatie die zich bezighield met hasjsmokkel op grote schaal. De zaak als geheel werd als ‘de octopus-zaak’ aangeduid.

jurisprudentie, waarin de kroongetuige niet categorisch was afgewezen.¹⁰⁵⁷ De ‘extra’ maatstaf die het hof in het onderhavige geval had aangelegd, te weten ‘of met het oog op de algemene belangen van een integer strafproces, de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie tot het sluiten van de overeenkomsten (...) is uitgeoefend op een wijze die in overeenstemming is met normen van behoorlijk strafvorderlijk handelen’, achtte de Hoge Raad niet de juiste. Hij oordeelde dat het Zwolsman-criterium toereikend was om de onderhavige problematiek te benaderen. Het was deze zaak waarin Karman als kroongetuige optrad, aan wie was toegezegd dat hij een eventueel op te leggen gevangenisstraf niet zou hoeven ondergaan. Het hof achtte die toezegging onrechtmatig, maar volstond met strafvermindering, omdat het openbaar ministerie (kort gezegd) niet te kwader trouw was geweest en openheid had betracht. De Hoge Raad kon zich daarin vinden.¹⁰⁵⁸

In 2004 bleek dat het EHRM ook in deze gevallen de procedure niet in strijd met artikel 6 EVRM achtte: het verklaarde de klachten van zowel Lorsé als Verhoek niet-ontvankelijk.¹⁰⁵⁹

Op 1 april 2006 werd met de inwerkingtreding van de ‘Wet toezeggingen aan getuigen in strafzaken’ deze problematiek wettelijk geregeld.¹⁰⁶⁰ Bij en krachtens deze wet werden beperkingen gesteld aan de toezeggingen die aan een getuige die tevens verdachte (of veroordeelde) kunnen worden gedaan. Het verlenen van algehele immuniteit van vervolging of opsporing is op grond van deze wetgeving niet (meer) mogelijk.

De Hoge Raad heeft sindsdien geen belangrijke uitspraken op dit terrein meer gedaan.

8.4.3 *Gebruik getuigenverklaring voor het bewijs in relatie tot het ondervragingsrecht*

Nauw verbonden met het voorgaande, is het onderwerp welke voorwaarden de Hoge Raad stelt aan het gebruik van getuigenverklaringen voor het bewijs.

De vroege jaren negentig

De jurisprudentie over het gebruik van getuigenverklaringen voor het bewijs werd in 1988 nog hoofdzakelijk beheerst door het nationale recht. Artikel 422 (oud) Sv speelde een belangrijke rol. Daarin was bepaald dat een in eerste aanleg afgelegde getuigenverklaring die door de verdediging was betwist, alleen bruikbaar was voor

1057 De Hoge Raad merkte op dat het EHRM op dit punt nog geen uitspraken had gedaan, maar dat de ECRM tot dan toe het gebruik van de kroongetuige in de aan haar voorgelegde zaken niet in strijd met art. 6 EVRM had geacht.

1058 Het Karman-arrest werd gewezen op 1 juni 1999, dus nog geen 2 maanden na het Verhoek-arrest. Zie hoofdstuk 7 onder 7.2.4.

1059 EHRM 27 januari 2004, NJ 2004, 668 en 669, m.nt. Schalken. Het hof oordeelde dat de verdediging voldoende mogelijkheden had gehad de handelwijze m.b.t. de kroongetuigen te bestrijden en dat de procedure met grote zorgvuldigheid was gevoerd.

1060 Stb. 2005, 254.

het bewijs als de betreffende getuige in hoger beroep bij die verklaring was gebleven. Die bepaling viel echter gemakkelijk te omzeilen, omdat de bij de politie afgelegde verklaring steeds bruikbaar bleef.¹⁰⁶¹

De Europese jurisprudentie had al wel enige invloed: de al genoemde uitspraak van het EHRM in de zaak *Unterpertinger*¹⁰⁶² uit eind 1986 zorgde ervoor dat de verdediging veelvuldig een beroep op artikel 6 EVRM begon te doen wanneer om het horen van getuigen werd verzocht. De Hoge Raad hield met deze jurisprudentie ook rekening, zo bleek bijvoorbeeld in 1990¹⁰⁶³ en 1991,¹⁰⁶⁴ maar bleef aanvankelijk toch een duidelijk eigen koers varen. Zo oordeelde hij in oktober 1991 nog dat het ontbreken van ondervraging door de verdediging van een getuige op wiens verklaring het bewijs in belangrijke mate berustte niet aan het gebruik van de verklaringen van deze getuige in de weg stond. In zijn overwegingen wijdde hij geen woord aan de Europese jurisprudentie waarop in het middel een beroep was gedaan. Mogelijk speelde het feit dat de verdediging in hoger beroep in die zaak uiteindelijk afstand van de betreffende getuige had gedaan een rol bij de wel erg korte afdoening, want later die maand verscheen een veel principiëler arrest over dit onderwerp.¹⁰⁶⁵ Daarin oordeelde de Hoge Raad dat als een getuige in eerste aanleg wel was verschenen maar had geweigerd te verklaren, dit weliswaar geen inbreuk betekende op het in artikel 6 EVRM neergelegde ondervragingsrecht, maar dat de getuige in zo'n geval in hoger beroep wel opnieuw moest worden opgeroepen. De ratio voor die beslissing zag hij in de beginselen van een behoorlijke procesorde in hoger beroep.¹⁰⁶⁶

In 1992 deed zich een geval voor waarin het hof eerst met hantering van het noodzaakcriterium een getuige ambtshalve had opgeroepen (nadat de verdachte van het horen van die getuige afstand had gedaan) en vervolgens, terwijl die getuige niet was verschenen, diens verklaring toch gebruikte voor het bewijs.¹⁰⁶⁷ De Hoge Raad vernietigde die uitspraak op grond van een motiveringsgebrek. Zonder nadere motivering was niet begrijpelijk hoe het hof de betreffende verklaring toch voor het

1061 Zie bijvoorbeeld HR 1 oktober 1991, NJ 1992, 61 m.nt. ThWvV.

1062 EHRM 30 november 1986, NJ 1988, 745 m.nt. EAA. In dit arrest oordeelde het EHRM dat verklaringen van personen die niet door de verdediging konden worden gehoord niet toelaatbaar zijn als dragend bewijs. Het bestaan van dit arrest was ondanks de late publicatie in de NJ al eerder in Nederland doorgedrongen. In twee arresten van de Hoge Raad uit 1987 wordt gewag gemaakt van het feit dat advocaat Orie in zijn middelen een beroep op deze uitspraak deed (HR 31 maart 1987, NJ 1988, 216 en HR 14 september 1987, NJ 1988, 301).

1063 HR 9 oktober 1990, NJ 1991, 132, waarin de Hoge Raad onder verwijzing naar art. 6 EVRM overwoog dat het bewijs niet 'mainly' berustte op de verklaring van de betwiste getuige.

1064 HR 1 oktober 1991, NJ 1992, 61 m.nt. ThWvV. Het ging kennelijk om een kroongetuige, zo werd althans in het cassatiemiddel gesteld. Ter terechtzitting in hoger beroep was hij, hoewel opgeroepen, niet verschenen. Van zijn nieuwe oproeping werd met instemming van onder meer de verdediging afgezien, omdat dit zinloos leek. In een van de middelen, opgesteld door J.M. Sjöcrona, werd met een beroep op het Kostovski-arrest van het EHRM betoogd dat de verklaring van deze getuige niet voor het bewijs gebruikt had mogen worden.

1065 HR 29 oktober 1991, NJ 1992, 481.

1066 De Hoge Raad overwoog voorts dat het doel van het recht op ondervraging, te weten dat de verdediging gelegenheid heeft bij de rechter twijfel omtrent de betrouwbaarheid van de eerdere verklaring te zaaien, ook gediend kan worden door andere getuigen te horen die anders verklaren.

1067 HR 4 februari 1992, NJ 1992, 529 m.nt. Sch.

bewijs kon gebruiken zonder dat het noodzakelijk geachte verhoor daadwerkelijk had plaatsgevonden.¹⁰⁶⁸ Ook in deze zaak was in de middelen¹⁰⁶⁹ met een beroep op Straatsburgse jurisprudentie gesteld dat de verklaring bij gebreke van ondervragingsmogelijkheden door de verdediging niet bruikbaar was voor het bewijs. Daarop ging de Hoge Raad echter niet in.

Het didactische arrest van 1994

In 1994 vond de Hoge Raad het kennelijk tijd voor duidelijkheid. Hij schiep die in een zaak waarin twee getuigen in hoger beroep categorisch hadden geweigerd op vragen te antwoorden en waarin hun politieverklaringen desalniettemin voor het bewijs waren gebruikt.¹⁰⁷⁰ In cassatie werd onder meer hierover geklaagd.¹⁰⁷¹

De Hoge Raad opende zijn overwegingen hieromtrent met vooropgestelde beschouwingen, waarbij hij als uitgangspunt nam dat de rechter binnen ‘door wet en verdrag getrokken grenzen’ vrij is wettige bewijsmiddelen te bezigen voor het bewijs – politieverklaringen van getuigen inbegrepen. Vervolgens constateerde hij dat in de praktijk onzekerheid bleek te bestaan over genoemde grenzen en gaf hij algemene regels voor de bruikbaarheid voor het bewijs van in processen-verbaal vervatte getuigenverklaringen. Daarbij verwees hij meermalen naar het EVRM.

Kort weergegeven hielden (en houden) deze regels in dat dergelijke processen-verbaal in ieder geval bruikbaar zijn als de verdediging op enig moment in de gelegenheid is geweest de getuige te (doen) horen, of als de daarin opgenomen verklaring in belangrijke mate steun vindt in andere bewijsmiddelen. Toch kunnen de beginselen van een behoorlijke procesorde meebrengen dat de betreffende getuige ook (ambtshalve) moet worden opgeroepen voor de zitting. Dat is in ieder geval zo, als diens verklaring het enige rechtstreeks belastende bewijs is en hij die verklaring nadien ten overstaan van een rechter heeft ingetrokken of geweigerd heeft te verklaren. Dan moet zowel in eerste aanleg (als tenminste de intrekking voordien heeft plaatsgevonden), als in hoger beroep worden getracht hem ter zitting te horen. Als hij ter zitting verschijnt, of niet verschijnt en verdere oproeping zinloos is gebleken, mag de rechter de in het opsporingsonderzoek afgelegde verklaring voor het bewijs gebruiken. Dat geldt ook wanneer hij ter zitting weigert vragen te beantwoorden. De Hoge Raad overwoog voorts dat van de verdediging het nodige initiatief mag worden verwacht om haar ondervragingsrecht te verwezenlijken.

Op deze wijze paste de Hoge Raad de Nederlandse wijze van procesvoering op basis van de ‘de auditu-jurisprudentie’, aan de Straatsburgse normen aan. Corstens sprak van een ‘voorzichtige terugkeer naar het onmiddellijkheidsbeginsel’.¹⁰⁷²

1068 Annotator Schalken meende dat uit deze uitspraak bleek dat de Hoge Raad op formele punten iets kritischer werd.

1069 Opgesteld door M. Moszkowicz sr.

1070 HR 1 februari 1994, NJ 1994, 427 m.nt. C. De regels die in dit arrest zijn weergegeven gelden anno 2011 nog onverkort.

1071 De middelen werden ingediend door G. Spong.

1072 Zie zijn noot, waarin hij voorts constateerde dat de Hoge Raad daarbij rekening hield met het feit dat het Nederlandse strafproces geen ‘partijen-proces’ is en daarom een eigen verantwoordelijkheid voor de rechter inbouwde.

Lichte afzwakking van het vereiste steunbewijs

In 1998 zwakte de Hoge Raad, opnieuw onder verwijzing naar Straatsburgse jurisprudentie, het vereiste terzake van het steunbewijs wat af door te bepalen dat van 'in belangrijke mate' sprake is als de betrokkenheid van verdachte wordt bevestigd door ander bewijsmateriaal.¹⁰⁷³ Annotator Knigge meende dat de Hoge Raad daarmee niet uit de pas liep met die Straatsburgse jurisprudentie, al tekende hij daarbij aan dat het casuïstische karakter van die rechtspraak meebrengt dat naleving van de door de Hoge Raad geformuleerde regels geen garantie biedt dat het EHRM geen schending van artikel 6 EVRM zal aannemen.¹⁰⁷⁴

De zaak Bocos Cuesta

In de zaak Bocos Cuesta bleek hoe terecht Knigge's kanttekening was.¹⁰⁷⁵

De Hoge Raad behandelde deze zedenzaak in 1999.¹⁰⁷⁶ De verdediging was niet in de gelegenheid gesteld de vier minderjarige aangevers in deze zaak te horen. Het hof wees het daartoe ter zitting gedane verzoek met toepassing van het noodzaakcriterium af op grond van de zwaarderwegend geachte belangen van de slachtoffers. Desalniettemin hanteerde het hun verklaringen voor het bewijs, omdat die voldoende steun vonden in elkaar en in twee andere getuigenverklaringen.

De Hoge Raad verklaarde de klachten tegen beide beslissingen ongegrond onder verwijzing naar zijn vaste regels.¹⁰⁷⁷ De advocaat-generaal Keijzer vond de klacht tegen de afwijzing van het verzoek tot het horen van de aangevers als getuige wél gegrond, omdat hij meende dat het hof blijk had moeten geven te hebben onderzocht of een verhoor had kunnen plaatsvinden op een wijze die voor deze jongens minder belastend was. Hij verwees in verband daarmee naar de regeling voor bedreigde getuigen. In het gebruik van de verklaringen voor het bewijs zag ook hij echter geen probleem.

In 2005 bleek dat het EHRM hier anders over dacht.¹⁰⁷⁸ De bewezenverklaring was naar zijn oordeel 'to a decisive extent' gebaseerd op de verklaringen van de jongens, terwijl aan de verdediging onvoldoende gelegenheid was geboden de betrouwbaarheid van die verklaringen te toetsen. Daarbij nam het hof in aanmerking dat de verdediging en de zittingsrechters het gedrag van de aangevers tijdens hun ondervraging op geen enkele manier hadden kunnen beoordelen.¹⁰⁷⁹

1073 HR 29 september 1998, NJ 1999, 74 m.nt. Knigge. Een van de zaken waaraan de Hoge Raad refereerde was *Doorson t. Nederland*, een zaak waarin het EHRM het gebruik van anonieme getuigenverklaringen voor het bewijs niet in strijd met artikel 6 EVRM achtte (EHRM 26 maart 1996, NJ 1996, 741).

1074 Met name maakte hij zich enige zorgen over de vraag of dat hof in de onderhavige zaak niet zou vinden dat de autoriteiten in het vooronderzoek en in eerste aanleg te kort waren geschoten.

1075 Zie over dit arrest ook verder in dit deel, hoofdstuk 6, Schendingen van mensenrechten en gerechtelijke dwalingen.

1076 HR 12 oktober 1999, NJ 1999, 827. De middelen werden opgesteld door G.P. Hamer.

1077 Wel voegde hij daaraan toe dat het steunbewijs betrekking zal moeten hebben op de door verdachte betwiste onderdelen van de belastende verklaring.

1078 *Bocos Cuesta t. Nederland*, EHRM 10 november 2005, NJ 2006, 239 m.nt. Sch. Ook de klachten werden ingediend door G.P. Hamer.

1079 Deze zaak wordt ook besproken in hoofdstuk 11.

Intussen was de Hoge Raad ook al weer wat verder. In zijn uitspraken in de zaken P.S. tegen Duitsland¹⁰⁸⁰ en S.N. tegen Zweden¹⁰⁸¹ had het EHRM opnieuw benadrukt dat als de verdediging niet in de gelegenheid was gesteld een getuige rechtstreeks te ondervragen, daarvoor een stevige compensatie diende te worden geboden. Dat was voor de Hoge Raad aanleiding hierop in een arrest uit 2003 in een overweging ten overvloede nadrukkelijk te wijzen.¹⁰⁸²

De zaak Vidgen

In juni 2006 deed de Hoge Raad uitspraak in de zaak Vidgen, alweer een arrest waarvan later zou blijken dat het de toets van het EHRM niet kon doorstaan.¹⁰⁸³

Het betrof de uitvoer van in motorblokken verstopte XTC. Vidgen erkende betrokkenheid bij het transport van de motorblokken, maar ontkende wetenschap van de XTC. Het enige bewijsmiddel voor zijn opzet was de verklaring van ene M ten overstaan van een Duitse politiefunctionaris in zijn eigen strafzaak.¹⁰⁸⁴ Deze verklaring had hij later weer ingetrokken. Gehoord als getuige in de zaak tegen Vidgen had hij zich steeds beroepen op zijn verschoningsrecht. Het hof vond de belastende verklaring desalniettemin bruikbaar voor het bewijs. De overwegingen daartoe kwamen erop neer dat het de verklaringen van M betrouwbaar achtte en dat deze in het algemeen voldoende werden bevestigd door ander bewijsmateriaal. Het hof veroordeelde dan ook en Vidgen stelde cassatieberoep in.

Advocaat-generaal Vellinga kwam tot de conclusie dat het arrest moest worden vernietigd wegens strijd met artikel 6 EVRM, nu het bewijs tegen Vidgen ‘solely or to a decisive extent’ berustte op de verklaring van M. Hij ging er daarbij vanuit dat het feit dat de getuige zich op zijn verschoningsrecht had beroepen, naar de maatstaven van het EHRM meebracht dat diens belastende verklaring niet mocht worden gebruikt wanneer daarvoor geen steunbewijs voorhanden was.¹⁰⁸⁵

De Hoge Raad was er in een alinea mee klaar. Hij verwees naar de uitgangspunten uit zijn arrest uit 1994 en constateerde kort en goed dat het hof de gewraakte verklaring zonder meer kon gebruiken, nu de verdediging zowel in eerste

¹⁰⁸⁰ EHRM 20 december 2001, NJ 2002, 435 m.nt. Sch.

¹⁰⁸¹ EHRM 2 juli 2002, NJ 2003, 671 .nt. Sch.. Bovendien hield in het betreffende arrest de bewijsconstructie van het hof geen stand, omdat de verklaring van de oma van de 5-jarige aangever, die als steunbewijs werd gehanteerd, niet meer was dan een weergave van wat haar kleinzoon haar had verteld. Met die beslissing begon de Hoge Raad weer wat meer inhoud te geven aan de in de loop van de tijd met name in zedenzaken flink uitgeholde *unus testis-nullus testis* regel. In 2009 en 2010 ging hij daarin verder door het aanscherpen van responsieplichten met betrekking tot bewijsverweren. Zie hierover de bespreking van de betreffende arresten (HR 30 juni 2009, NJ 2009, 495, HR 30 juni 2009, NJ 2009, 496 en HR 26 januari 2010, NJ 2010, 512) in hoofdstuk 9. Een meer contradictoir strafproces.

¹⁰⁸² HR 20 mei 2003, NJ 2003, 672 m.nt. Sch.

¹⁰⁸³ HR 6 juni 2006, NJ 2006, 332 en Vidgen tegen Nederland, EHRM 10 juli 2012, NJ 2012, 649, m.nt. Schalken. De klacht werd ingediend door G. Meijer.

¹⁰⁸⁴ Deze M was eveneens bij het transport betrokken geweest. Overigens had hij over het opzet van de verdachte van een derde betrokkene, de vader van de verdachte, en niet van de verdachte zelf vernomen.

¹⁰⁸⁵ Hij verwees daartoe naar *Craxi t. Italië*, EHRM 5 december 2002, appl. nr. 34896/97.

aanleg als in hoger beroep in de gelegenheid was geweest de getuige te bevragen en tegen diens verklaring in te brengen wat zij wilde. Steunbewijs voor die verklaring was dan niet meer nodig. Op de door de advocaat-generaal genoemde jurisprudentie ging hij niet in.

In 2010 herhaalde de Hoge Raad deze opvatting nog eens, al even kort als in 2006.¹⁰⁸⁶ Opnieuw concludeerde de advocaat-generaal Vellinga tot (partiële) vernietiging, nu met verwijzing naar toen recente jurisprudentie van het EHRM.¹⁰⁸⁷

Dit gaf Borgers aanleiding tot een uitvoerige annotatie. Hij constateerde ten eerste een belangrijk verschil tussen de benadering van het EHRM en die van de Hoge Raad, die in situaties als hier aan de orde steeds alleen toetst aan artikel 6 lid 3 sub d EVRM, terwijl het EHRM ook toetst aan artikel 6 lid 1 EVRM en aldus ook bekijkt of het proces als geheel 'fair' is geweest. Hij wees ter mogelijke verklaring op een betoog van Fokkens, waarin deze stelde dat in de rechtspraak van de Hoge Raad in wezen de taak en de verantwoordelijkheid van de strafrechter in het inquisitoire strafproces voorop staan.¹⁰⁸⁸ De consequentie daarvan is, aldus Borgers, dat het karakter van het ondervragingsrecht als verdedigingsrecht naar de achtergrond verschuift. Deze benadering stond zijns inziens op zijn minst op gespannen voet met de benadering van het EHRM. Het leek hem daarom veiliger de steunbepijregel van het EHRM te respecteren.¹⁰⁸⁹

Zes jaar na de uitspraak in Vidgen bleek het gelijk van de advocaat-generaal Vellinga uit de uitspraak van het EHRM in deze zaak. Essentieel was het oordeel van het hof dat het (op zichzelf legitieme) beroep op het verschoningsrecht door de getuige, diens ondervraging door de verdediging nutteloos maakte.¹⁰⁹⁰ Dat kwam neer op een situatie waarin de verdediging geen gelegenheid tot ondervraging had gehad. Daarom diende de verdediging compensatie voor deze handicap te worden geboden. Nu dat niet het geval was geweest en de bewezenverklaring bovendien 'to a sole or decisive extent' op deze verklaring rustte, was artikel 6 EVRM geschonden.

8.4.4 Beoordelingscriteria voor verzoeken van de verdediging

Toetsing van verzoeken van de verdediging – algemeen

In de wet is geregeld dat de verdediging niet, zoals het openbaar ministerie, zelf getuigen kan dagvaarden of oproepen, maar daartoe een verzoek dient te richten tot

¹⁰⁸⁶ HR 5 januari 2010, NJ 2010, 571 m.nt. Borgers.

¹⁰⁸⁷ Te weten de zaken *Al-Khawaja en Tahery t. Engeland*, EHRM 20 januari 2009, EHRC 2009, 39.

¹⁰⁸⁸ 'De rechter is degene die het onderzoek ter terechtzitting primair doet en die verantwoordelijk is voor de waarheidsvinding. Vandaar dat in het systeem van het Wetboek [van Strafvordering] de omstandigheid dat de verdachte zijn ondervragingsrecht niet heeft kunnen uitoefenen niet aan een veroordeling in de weg hoeft te staan, als de rechter tot de conclusie komt dat het beschikbare materiaal toereikend is om tot een oordeel in de zaak te komen'. Fokkens, 2004:149.

¹⁰⁸⁹ Daarbij wees hij er ook nog op dat de recente strakkere invulling van de nationale bewijlsminimum-regel door de Hoge Raad die eis ook leek in te houden. Zie over deze uitspraak en deze noot ook hoofdstuk 11, onder 11.1.12, De zaak Vidgen – de zwijgende getuige.

¹⁰⁹⁰ Deze overweging was overigens niet nieuw, zoals in de zojuist besproken noot van Borgers werd aangetoond. Het Hof overwoog dit al in *Unterpertinger* en vele malen daarna.

het openbaar ministerie of de rechter. De rechter kan het verzoek toetsen. De gedachte dat de Nederlandse regeling met betrekking tot het oproepen van getuigen als zodanig in strijd is met het EVRM vanwege het verschil in mogelijkheden tot het oproepen van getuigen tussen de verdediging en het openbaar ministerie, heeft bij de Hoge Raad geen ingang gevonden, zo bleek al in 1993.¹⁰⁹¹

Maatstaf voor toetsing van het criterium van het verdedigingsbelang

In een andere uitspraak uit 1993 formuleerde de Hoge Raad de maatstaf voor de toetsing van het criterium van het verdedigingsbelang.¹⁰⁹² Hij zette kort en helder uiteen dat het – wanneer het criterium van het verdedigingsbelang van toepassing is – een zaak van de verdediging zelf is of en wie zij als getuigen en deskundigen ter zitting wil doen horen. Daarmee brak hij niet zozeer met oudere jurisprudentie, maar zette wel een wat andere toon.¹⁰⁹³

Het hof had een verzoek tot het alsnog oproepen van twee door de advocaat-generaal geweigerde getuige-deskundigen afgewezen omdat het zich voldoende geïnformeerd achtte over de motieven, de voorgeschiedenis en de persoon van de verdachte. Het oordeelde dat redelijkerwijs niet was te verwachten dat de meningen van de verzochte getuige-deskundigen aan de opheldering van de zaak konden bijdragen.

De Hoge Raad stelde in zijn overwegingen voorop dat alleen dan kan worden gezegd dat de verdachte door afwijzing van zijn verzoek niet in zijn verdediging kan worden geschaad, indien de punten waarop de verdediging de getuigen wil ondervragen in redelijkheid niet van belang kunnen zijn voor enige in zijn strafzaak te nemen beslissing, dan wel redelijkerwijze moet worden uitgesloten dat die getuigen/deskundigen iets over die punten zouden kunnen verklaren. De rechter mag dergelijke verzoeken dus slechts zeer marginaal toetsen. In het onderhavige geval had het hof met de hiervoor weergegeven overweging geen inzicht gegeven in zijn gedachtegang en was het mogelijk ten onrechte vooruitgelopen op de inhoud van de af te leggen verklaringen. De Hoge Raad vernietigde daarom het arrest.

Corstens merkte in zijn noot op dat ‘met dit arrest nog eens wordt onderstreept dat het een zaak van de verdediging zelf is of en wie zij als getuigen en deskundigen ter zitting wil horen. Het gaat niet aan dat de rechter voor de verdediging gaat uitmaken of zij zich wel juist opstelt.’ Alleen in evidente gevallen ligt dat anders.

¹⁰⁹¹ Zie bijvoorbeeld HR 12 oktober 1993, NJ 1994, 129.

¹⁰⁹² HR 1 december 1992, NJ 1993, 631 m.nt. C.

¹⁰⁹³ Zie bijvoorbeeld HR 13 januari 1981, NJ 1981, 79 m.nt. ThWvV. In dit arrest (een van de Menten-arresten) oordeelde de Hoge Raad dat in cassatie niet kon worden geklaagd over de beslissing van de officier van justitie om (op basis van art. 263 lid 3 (oud) Sv bepaalde getuigen niet op te roepen. Voorts liet de Hoge Raad de beslissing van de voorzitter van de rechtbank in stand die had geoordeeld dat getuigen ‘waarvan niets te verwachten is voor de opheldering van de zaak’ niet hoefden te worden opgeroepen. Hij overwoog dat in dit oordeel besloten lag dat de verdediging hierdoor niet in zijn belangen was geschaad. Van Veen wees erop dat aldus aan de officier van justitie dezelfde vrijheid werd gelaten als de rechtbank op grond van art. 264 (oud) Sv toekwam, te weten om ‘chicaneuze verzoeken’ naast zich neer te leggen, hoewel de tekst van de wet daar toen eigenlijk niet de vrijheid toe gaf.

Deze ruime maatstaf is tot op heden ongewijzigd gebleven.¹⁰⁹⁴

Eisen aan de motivering van getuigenverzoeken bij toepasselijkheid van het criterium van het verdedigingsbelang

In een arrest uit 1995 stelde de Hoge Raad dat van de verdediging niet kan worden gevergd dat zij een verzoek tot het horen van een getuige verdergaand motiveert dan nodig is voor de rechter om te kunnen beoordelen of aan de maatstaf (in casu het verdedigingsbelang) is voldaan.¹⁰⁹⁵ Uit deze en andere uitspraken moet echter ook worden opgemaakt dat de verdediging dus wel moet aangeven over welke punten zij de getuige wil ondervragen en wat de relevantie van het verhoor is.¹⁰⁹⁶ Wanneer zij nalaat dat voldoende specifiek te doen riskeert zij afwijzing van het verzoek.¹⁰⁹⁷ Ook zal de verdediging uitvoeriger moeten motiveren als zij reeds door haar gehoorde getuigen opnieuw wil (doen) horen.¹⁰⁹⁸

Eén arrest, uit 2004,¹⁰⁹⁹ geeft voeding aan de gedachte dat aan verzoeken tot het horen van opsporingsambtenaren eveneens mogelijk hogere motiveringseisen

1094 Wel is in 1988 de omschrijving van het verdedigingsbelang in art. 288 Sv veranderd, in die zin dat 'kan worden geschaad' is vervangen door 'wordt geschaad'.

1095 HR 24 oktober 1995, NJ 1996, 148.

1096 Zie bijvoorbeeld HR 28 april 1992, NJ 1992, 611, HR 1 december 1992, NJ 1993, 631 m.nt. C. en 24 november 1998, NJ 1999, 157. Zie ook de noot van Van Veen bij HR 29 juni 1993, NJ 1993, 717. Van Veen merkte daarin op dat de medaille twee kanten heeft: enerzijds hoeft de verdediging niet van te voren de vragen op te geven die hij aan de getuige wil stellen, anderzijds moet de rechter het verzoek wel kunnen beoordelen.

1097 Zie bijvoorbeeld HR 25 mei 1993, NJ 1993, 745. De in het cassatiemiddel betrokken stelling dat wanneer de verdediging getuigen opgeeft, er in beginsel van moet worden uitgegaan dat zij daarbij belang heeft, behoudens gevallen waarin sprake is van evident onzinnige verzoeken, werd door de Hoge Raad dus niet omarmd. Zie voor een recent voorbeeld HR 27 november 2012, NJ 2012, 696. Deze zaak betrof een inbraak in Berkel, waarbij een kluis was ontvreemd. Uit een door de verdachte gevoerd, afgeluisterd, telefoongesprek van een dag later bleek dat hij in Berkel een kluis had 'gepakt'. Verder bleek uit een bewijsmiddelen dat in de betreffende nacht maar van een inbraak aangifte was gedaan. In hoger beroep werd aangevoerd dat de verdachte niet ontkende in Berkel een kluis te hebben ontvreemd, maar wel dat dat de kluis was die bij de betreffende inbraak was gestolen. Verzocht werd daarom tot het verhoor van de aangever, teneinde hem te bevragen over het feit dat hij had verklaard dat zich in de kluis € 2.000 bevond, terwijl de verdachte in het getapte gesprek over een bedrag van € 6.000 had gesproken. Het hof wees dit verzoek af omdat de verdachte daardoor gelet op de motivering van het verzoek en de processtukken, niet in zijn verdediging werd geschaad. De Hoge Raad achtte deze motivering toereikend, maar voegde daaraan zelf de overweging met betrekking tot de relevantie toe.

1098 Zie de conclusie van AG Vellinga (onder 9) bij HR 31 januari 2006, NJ 2006, 124. Zie ook HR 31 januari 2006, JOL 2006, 74 (LJN: AU6762).

1099 HR 10 februari 2004, NJ 2004, 452 m.nt. Kn. In deze zaak, betreffende overtredingen terzake van het niet aanlijnen van een hond, bestond het bewijs uitsluitend uit het proces-verbaal van de bijzonder opsporingsambtenaar. De verdachte, niet bijgestaan door een raadsman, verzocht wel meermalen om deze verbalisant te horen, maar deed dat steeds zodanig laat dat het noodzaakcriterium op zijn verzoek van toepassing was. Hij ontkende de feiten en stelde dat het essentieel was dat de opsporingsambtenaar werd gehoord. Het hof wees dit verzoek af als niet noodzakelijk, zonder verdere motivering. De Hoge Raad achtte dit niet onbegrijpelijk, onder meer wijzend op het feit dat uit art. 344 lid 2 Sv blijkt dat de wetgever bijzonder vertrouwen heeft gesteld in ambtsedige processen-verbaal, omdat het verzoek niet behoorlijk was gemotiveerd. Knigge kwalificeerde dit arrest als verontrustend en onduidelijk.

worden gesteld dan aan ‘gewone’ verzoeken, maar dat is niet in latere arresten bevestigd.

Uit arresten uit 2006 en 2007 blijkt echter wel dat verzoeken tot het horen van leden van veiligheidsdiensten in verband met de rechtmatigheid van hun optreden niet hoeven te worden getoetst aan de gebruikelijke maatstaf.¹¹⁰⁰ De maatstaf voor het beoordelen van dergelijke verzoeken lijkt te zijn of sprake is van ernstige vermoedens van onrechtmatig handelen door de betreffende ambtenaren. Ook het feit dat ambtenaren van inlichtingendiensten een geheimhoudingsplicht hebben, woog mee bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van het verzoek.¹¹⁰¹

In 2011 bleek in de Piranha-zaak dat dat anders lag wanneer het ging om verzoeken in verband met de bewijsvraag.¹¹⁰² De Hoge Raad herhaalde dat als een onderbouwd beroep wordt gedaan op de onbetrouwbaarheid van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst verzameld materiaal, de strafrechter de gegrondheid van die stelling moet onderzoeken, waarbij de verdediging gelegenheid moet hebben de betrouwbaarheid van dat materiaal aan te vechten en te (doen) onderzoeken, eventueel door getuigen te doen horen.

In het hoger beroep in deze zaak had het hof een dergelijk verzoek, te weten tot het horen van een AIVD-medewerker (aangeduid als Y) in eerste instantie ook toegewezen, in verband met een door het hof zelf als voor het bewijs ‘cruciaal’ aangemerkt telefoongesprek, dat door de AIVD was aangeleverd. Nadat gebleken was dat de AIVD toestemming voor het verhoor van Y weigerde, verzocht de verdediging (onder meer) opnieuw om het horen van Y. Nu wees het hof het verzoek echter af, omdat onaannemelijk was dat Y binnen aanvaardbare termijn ter terechtzitting zou kunnen verschijnen. De Hoge Raad vond die motivering te mager, nu uit het summiere ambtsbericht niet kon worden afgeleid dat en waarom deze medewerker niet als afgeschermd getuige zou kunnen worden gehoord.¹¹⁰³

1100 HR 5 september 2006, NJ 2007, 336 m.nt. Sch en HR 13 november 2007, NJ 2007, 614. De crux van de overwegingen in laatstgenoemd arrest luidde: ‘dat het Hof met zijn verwijzing naar de overweging dat niet is gebleken dat het Openbaar Ministerie de eigen opsporingsbevoegdheden heeft omzeild door de AIVD haar bevoegdheden ten behoeve van de strafvordering te laten uitoefenen en de resultaten daarvan via de Landelijk Officier van Justitie voor terrorismebestrijding in het strafrechtelijk onderzoek te laten inbrengen, tot uitdrukking (heeft-AR) gebracht dat onvoldoende aanknopingspunten voorhanden zijn voor een onderzoek naar het door de verdediging veronderstelde misbruik van bevoegdheden dat zou moeten leiden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, en dat mitsdien de verdachte door het niet horen van de getuigen niet in zijn verdediging wordt geschaad, respectievelijk de noodzaak van het horen van die getuigen niet is gebleken. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.’

1101 Dat was het geval in het in de vorige noot genoemde arrest van 5 september 2006.

1102 HR 15 november 2011, NJ 2012, 36 m.nt. Schalken. Het Piranha-proces betrof de vervolging van Samir A. en anderen voor deelname aan een terroristische organisatie verdachte personen. Hier ging het om Soumaya S. De middelen in cassatie werden ingediend door B.Th. Nootgedagt.

1103 Schalken meende in het arrest en in de conclusie van de advocaat-generaal Machielse ongenoegen te bespeuren over de gebrekkige medewerking die de AIVD in deze zaak had verleend.

Het noodzaakcriterium

De Hoge Raad is in de afgelopen jaren duidelijk strenger geworden in zijn toetsing van de toepassing van het noodzaakcriterium door de feitenrechter. In vroeger jaren beschouwde de Hoge Raad de beslissing van de feitenrechter omtrent de noodzaak van het verzochte als feitelijk en dus niet toetsbaar. Hij liet hem dus feitelijk de vrije hand. Alleen als de feitenrechter de betreffende beslissing (onverplicht) had gemotiveerd toetste hij die motivering op begrijpelijkheid.¹¹⁰⁴

In een arrest uit 1992 scherpte hij deze jurisprudentie echter aan door te oordelen dat de (ongemotiveerde) afwijzing van een ter terechtzitting gedaan verzoek tot het horen van een getuige nadere toelichting behoefde, gezien de verklaring van de verdachte en hetgeen de raadsman had aangevoerd.¹¹⁰⁵

In een andere zaak uit dat jaar had het hof een afwijzing op grond van het noodzaakcriterium wel gemotiveerd, door daaraan (onder meer) ten grondslag te leggen dat de verdediging niet duidelijk had gemaakt op welke punten zij de getuige (een kroongetuige) wilde ondervragen. De Hoge Raad nam daarmee geen genoegen, omdat 'duidelijk' was dat de verdachte, die ter terechtzitting in hoger beroep had gesteld dat hij van de getuige geld had geleend, de getuige daarover wilde ondervragen.¹¹⁰⁶

Corstens concludeerde uit deze twee uitspraken dat de Hoge Raad de teugels met betrekking tot het horen van getuigen ter terechtzitting wat leek aan te trekken. Hij wees erop dat de verdediging in de tweede zaak niet was tegengeworpen dat zij niet al voor de terechtzitting had verzocht de kroongetuige op te roepen.

Dat de Hoge Raad in deze toetsing echter ook terughoudend kan zijn, bewijst de uitspraak in de tweede 'Dover-zaak'.¹¹⁰⁷ In een laat stadium van deze zaak was ten kantore van de raadvrouw een anonieme brief bezorgd, waarin naar voren kwam dat in die zaak (kort gezegd) opsporingshandelingen waren verricht die buiten het dossier waren gehouden. De brief leek, gelet op de daarin opgenomen informatie, afkomstig te zijn van een politiemann. De raadvrouw verzocht het hof daarop onder meer de in die brief genoemde politiecommissaris als getuige te horen. Het hof wees dit verzoek af met toepassing van het noodzaakcriterium, overwegend dat de anonieme brief onvoldoende aanknopingspunten bevatte om de juistheid daarvan aannemelijk te achten.

De advocaat-generaal Machielse was het met de verdediging eens dat deze motivering onbegrijpelijk was, omdat het verzoek er juist op gericht was de aannemelijkheid van de in de brief gestelde feiten te onderzoeken en daarvoor ook aanknopingspunten bevatte.

De Hoge Raad oordeelde echter dat de afwijzing niet onjuist of onbegrijpelijk was, gelet op de verwevenheid van de beslissing met waarderungen van feitelijke

1104 Zie bijvoorbeeld HR 23 december 1986, NJ 1987, 639.

1105 HR 14 september 1992, NJ 1993, 53 m.nt. ThWvV. In deze zaak werd de verdachte beschuldigd van dronken rijden. Hij voerde aan dat niet hij, maar een collega de auto had bestuurd. In het kader van dat verweer verzocht zijn raadsman ter terechtzitting een ooggetuige van het ongeval, dat met de betreffende auto was gebeurd, als getuige op te roepen.

1106 HR 29 september 1992, NJ 1993, 222 m.nt. C.

1107 HR 14 maart 2006, NJ 2006, 208. De middelen werden ingediend door I. Weski.

aard, de anonieme herkomst van de brief, waarvan het hof bovendien feitelijk had vastgesteld dat deze onvoldoende aanknopingspunten bevatte om de juistheid daarvan aannemelijk te achten en ten slotte de (kennelijk onvoldoende) motivering van het verzoek.

Mogelijk speelde hierbij een rol dat het ging om een rechtmatigheidskwestie. In ieder geval liep het anders in een zedenzaak waarin eveneens sprake was van laat bij de raadsman binnengekomen informatie, maar waarin het verzoek rechtstreeks van belang was voor het bewijs.¹¹⁰⁸

In 2010 wees de Hoge Raad drie arresten waarin de motiveringsverplichting van het noodzaakcriterium verder leek te worden aangescherpt, mede onder invloed van de jurisprudentie van het EHRM. Het betrof in alle gevallen de afwijzing van een verzoek tot het horen van aangeefsters. In twee gevallen betrof het een zedendelict¹¹⁰⁹ en in het laatste geval ging het om stalking.¹¹¹⁰ Schalken constateerde dat als de verdediging gemotiveerd aangeeft waarom zij een getuige niet betrouwbaar acht, de rechter de afwijzing van een verzoek tot het horen van die getuige moet motiveren, ook als het noodzaakcriterium van toepassing is.

Ook van de verdediging wordt de laatste tijd meer motivering gevergd. Zo oordeelde de Hoge Raad in 2011 dat een verzoek tot het horen van elf getuigen over een vechtpartij onvoldoende specifiek was en dat het hof zijn oordeel dat daartoe geen noodzaak bestond niet behoefde te motiveren. De raadsman had aangevoerd dat de verklaringen in het dossier veel tegenstrijdigheden bevatten en in algemene zin het soort vragen opgegeven dat hij deze getuigen wilde stellen. De advocaat-generaal Vegter vond dat de afwijzing van het verzoek wel uitvoeriger had moeten worden gemotiveerd en concludeerde tot vernietiging. Mogelijk werd de beslissing van de Hoge Raad mede ingegeven door het feit dat het verzoek pas ter terechtzitting in hoger beroep wegens ‘gewijzigd inzicht’ werd gedaan.¹¹¹¹

1108 HR 1 juni 2010, LJN: BL8640. In deze zaak had een aangever die al eens bij de rechter-commissaris was gehoord en aan wie de verdediging vragen had gesteld, vlak voor de zitting met de raadsman gebeld en hem verteld dat hij op zijn belastende verklaringen wilde terugkomen. Het hof achtte een nieuwe oproeping echter niet noodzakelijk, gezien diens eerdere eenduidige en consistente verklaringen die ook steun vonden in ander bewijsmateriaal en omdat de verdediging hem al vragen gesteld had. Bovendien achtte het de mededelingen aan de raadsman, doordat die niet meer bevatten dan de stelling dat de getuige eerder onwaarheid had verteld omdat hij door zijn opa en broer onder druk was gezet, onvoldoende geadstrueerd en onderbouwd. De Hoge Raad achtte deze afwijzing onbegrijpelijk, ten eerste omdat het hof mogelijk vooruit was gelopen op de inhoud van de af te leggen verklaringen en voorts omdat het feit dat de verdediging de getuige eerder vragen had kunnen stellen niet afdeed aan het feit dat nu sprake was van een nieuwe omstandigheid. Dat het hof de mededelingen van de aangever aan de raadsman onvoldoende onderbouwd vond was naar het oordeel van de Hoge Raad ook onbegrijpelijk, nu het verzoek er juist toe diende om door middel van een nieuw verhoor een dergelijke onderbouwing te krijgen.

1109 HR 6 juli 2010, NJ 2010, 509 en 510.

1110 HR 6 juli 2010, NJ 2010, 511. De drie arresten werden geannoteerd door Schalken.

1111 Zie over de bijzondere motiveringseisen in hoger beroep hieronder onder het kopje ‘In hoger beroep’.

8.4.5 *Processuele aspecten van de toetsing van verzoeken tot het oproepen van getuigen*

Gedurende de onderzochte periode betoonde de Hoge Raad zich soepel met betrekking tot de formele eisen aan het doen van responsieplichtige verzoeken tot het oproepen van getuigen en de daarop toepasselijke maatstaven.

Algemeen

Ten eerste betrof de versoepeling niet-herhaalde verzoeken na verandering van samenstelling van het rechterlijk college dat de zaak beoordeelt. Vroeger werd aan de verdediging de eis gesteld verzoeken tot het horen van getuigen te herhalen nadat de terechtzitting wegens een nieuwe samenstelling opnieuw was aangevangen.

In 1996 stelde de Hoge Raad zich wat dat betreft nog formeel op. Een cassatieklacht ingesteld tegen de afwijzing van zo een verzoek tijdens een terechtzitting waarop de eindbeslissing niet was gebaseerd, werd niet-ontvankelijk verklaard als dit verzoek na de hernieuwde aanvang niet was herhaald.¹¹¹² Hiervan kwam de Hoge Raad terug in 1997.¹¹¹³ Toen oordeelde hij dat een cassatieberoep tegen een dergelijke beslissing, genomen tijdens een terechtzitting waarop de einduitspraak niet mede was gebaseerd, toch ontvankelijk was. De grond voor die beslissing was dat de voorzitter van het hof bij de hervatting in een nieuwe samenstelling had meegedeeld dat alles wat op die eerdere terechtzitting was voorgevallen als herhaald en ingelast werd beschouwd. De Hoge Raad leidde daaruit af dat het hof de beslissingen en gronden daarvoor tot de zijne had gemaakt.

Annotator 't Hart zag hierin een zekere verzachting van het eerdere formele standpunt en inderdaad bleek de uitspraak een verdergaande strekking te hebben. In 2000 oordeelde de Hoge Raad dat een verzoek tot het oproepen van getuigen dat tijdig voorafgaand aan de zitting was gedaan, aan de hand van het verdedigingsbelang beoordeeld moest worden, ook al werd de zitting tussentijds opnieuw aangevangen.¹¹¹⁴ In 2003 verordonneerde de Hoge Raad expliciet dat de opgave van getuigen na schorsing van het onderzoek (op de voet van het inmiddels vervallen artikel 321 (oud) Sv) op grond van het criterium van het verdedigingsbelang moest worden beoordeeld.¹¹¹⁵ Vermelding verdient eveneens dat de Hoge Raad in 2006 uitmaakte dat ook op ter terechtzitting ingediende voorwaardelijke getuigenverzoeken een uitdrukkelijke beslissing is vereist, wanneer de voorwaarde die aan het verzoek was verbonden in vervulling gaat.¹¹¹⁶

1112 Zie HR 20 februari 1996, NJ 1996, 424 m.nt. 'tH. Een soortgelijke beslissing is HR 29 juni 1993, NJ 1993, 717 m.nt. ThWvV.

1113 HR 7 oktober 1997, NJ 1998, 153 m.nt. 'tH.

1114 HR 24 oktober 2000, NJ 2001, 13.

1115 HR 14 januari 2003, NJ 2003, 402 m.nt. YB. In 2005 trad overigens een wetswijziging in werking, waarbij in art. 322 Sv werd opgenomen dat beslissingen van de rechtbank omtrent o.m. het horen of oproepen van getuigen of deskundigen bij het opnieuw aanvangen van het onderzoek ter terechtzitting in stand blijven.

1116 HR 31 januari 2006, LJN: AU5632.

In een arrest uit 2007 hakte de Hoge Raad belangrijke knopen door met betrekking tot het verzoeken om getuigen tijdens een regiezitting.¹¹¹⁷ Hij besliste dat de wet geen ‘voorlopige afwijzing’ van een getuigenverzoek kent en wees de feitenrechter erop dat, als hij zich tijdens een regiezitting nog niet in staat acht over een dergelijk verzoek te beslissen, hij zijn beslissing het beste kan aanhouden. Wanneer de feitenrechter (zoals in het betreffende geval) een verzoek ‘voorshands’ afwijst, moet dat worden beschouwd als een definitieve afwijzing. Daartegen is beroep in cassatie mogelijk, ook als nadien de samenstelling van het hof wijzigt en de einduitspraak niet mede berust op wat tijdens de regiezitting is voorgevallen. Dat de verdediging afstand van het horen van een getuige heeft gedaan, mag niet licht worden aangenomen. Daarvan is alleen sprake als de verdediging dit uitdrukkelijk heeft meegedeeld. Mevis ontwaarde ook hier een nadrukkelijke vermaning aan het adres van de feitenrechter om niet te luchtig over getuigenverzoeken heen te stappen.

In 2008 bepaalde de Hoge Raad dat een verzoek tot het horen van meegebrachte getuige op grond van het verdedigingsbelang moet worden beoordeeld, ook als een op een eerdere zitting gedaan verzoek tot het horen van de betreffende getuige is afgewezen.¹¹¹⁸

In hoger beroep

Een belangrijke gebeurtenis voor het onderwerp van het recht op het horen van getuigen in hoger beroep was de invoering van de wet van 10 november 2004.¹¹¹⁹ Eén van de belangrijkste wijzigingen die deze wet voor de verdediging meebracht was dat voortaan direct na het instellen van het hoger beroep in een appelschriftuur opgave moet worden gedaan van de in hoger beroep te horen getuigen, wil het verdedigingsbelang op de beoordeling daarvan van toepassing zijn.¹¹²⁰

De Hoge Raad wijdde in een arrest uit 2007¹¹²¹ voorafgaande beschouwingen aan deze wet, omdat deze in de praktijk moeilijkheden met zich bracht.¹¹²² In het betreffende arrest nam hij de verdachte in bescherming¹¹²³ tegen al te forse

¹¹¹⁷ HR 19 juni 2007, NJ 2007, 625 m.nt. Mevis.

¹¹¹⁸ HR 1 april 2008, LJN: BC6743. De Hoge Raad baseerde dit oordeel op de tekst van de artikelen 287 Sv en 288 Sv.

¹¹¹⁹ Wet van 10 november 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met het horen van getuigen en enkele verwante onderwerpen (Stb. 579).

¹¹²⁰ Daarbij moet worden aangetekend dat ook dan op reeds door de RC of in ter terechtzitting eerste aanleg gehoorde getuigen het noodzaakcriterium van toepassing is.

¹¹²¹ HR 19 juni 2007, NJ 2007, 626 m.nt. Mevis.

¹¹²² In deze beschouwingen besprak de Hoge Raad ten eerste het verschil tussen de twee criteria die ‘van oudsher’ op verzoeken tot het horen van getuigen worden toegepast, te weten het noodzakelijkheidscriterium en het criterium van het verdedigingsbelang, te weten dat eerstgenoemd criterium de rechter een ruimere marge geeft om een verzoek niet te honoreren dan het criterium van het verdedigingsbelang.

¹¹²³ Overigens speelden hierbij ook overwegingen van efficiency een rol, omdat de Hoge Raad geconstateerd had dat de nieuwe regeling advocaten ertoe bracht in de appelschriftuur een zeer ruime opgave van (eventueel) te horen getuigen te doen. Zie r.o. 3.4.1.

beperkingen die van de nieuwe wet het gevolg konden zijn. Hoewel hij onder ogen zag dat de wetgever had gesteld dat de nieuwe regeling in het algemeen niet aan de verdedigingsbelangen tekort zou doen, oordeelde de Hoge Raad dat toch onder omstandigheden niet van de verdediging kan worden gevergd dat zij getuigen of deskundigen al bij appelschriftuur opgeeft.¹¹²⁴ De eis van een eerlijke procesvoering brengt in die gevallen mee dat de advocaat-generaal en het hof met die omstandigheden rekening moeten houden en dat dus de concrete toepassing van het noodzaakcriterium in die gevallen weinig verschilt van wat toepassing van het criterium van het verdedigingsbelang zou hebben opgeleverd.

Mevis wees er in zijn annotatie op dat hetgeen de zittingsrechter noodzakelijk moet vinden, wordt ingegeven door zijn verantwoordelijkheid voor een eerlijk proces. Hij signaleerde voorts dat de Hoge Raad de feitenrechter de laatste tijd nadrukkelijker op die verantwoordelijkheid wijst.¹¹²⁵

In een arrest uit december 2010 bracht de Hoge Raad in deze jurisprudentie een beperking aan, door uit te maken dat in bovenbedoelde gevallen wel uiterlijk op de eerste terechtzitting een beroep moet worden gedaan op omstandigheden die de ruime toepassing van het noodzaakcriterium rechtvaardigen.¹¹²⁶

In 2011 volgde het spiegelbeeld van het arrest uit 2007: hoewel in het geval van een appel van (alleen) het openbaar ministerie voor de verdediging met betrekking tot het oproepen van getuigen formeel het verdedigingscriterium geldt, moet het karakter van het voortbouwend appel bij de motivering van de beslissing op dergelijke verzoeken worden betrokken.¹¹²⁷ Met andere woorden: in die gevallen verschilt het criterium van het verdedigingsbelang niet veel van het noodzaakcriterium.¹¹²⁸

8.4.6 *Getuigenverzoeken in ontnemingszaken*

Met betrekking tot ontnemingszaken hanteert de Hoge Raad de maatstaven voor het beoordelen van verzoeken tot het horen van getuigen anders, omdat die naar zijn oordeel niet los kunnen worden gezien van het specifieke karakter van deze procedure.¹¹²⁹

In een uitspraak uit 2002 oordeelde de Hoge Raad dat het specifieke karakter van de ontnemingsprocedure meebracht dat de verdediging moest aangeven

1124 Als voorbeelden van dergelijke gevallen noemde de Hoge Raad onder meer het nog niet beschikbaar zijn van een uitgewerkt vonnis, een niet van rechtsbijstand voorziene verdachte die onvoldoende op de verplichting van de appelschriftuur is gewezen of onvoorziene omstandigheden die zich na het verstrijken van de termijn voor indiening van de appelschriftuur hebben voorgedaan. Zie r.o. 3.4.2.

1125 Zie onder punt 13 in zijn annotatie.

1126 HR 7 december 2010, NJ 2010, 682.

1127 HR 6 september 2011, NJ 2011, 496 m.nt. Mevis.

1128 De Hoge Raad ging ervan uit dat de wetgever was vergeten artikel 414 Sv aan deze situatie aan te passen.

1129 Zie over de eisen die in ontnemingszaken aan getuigenverzoeken worden gesteld ook paragraaf 9.3 onder het subkopje 'hoge eisen in ontnemingszaken'.

‘dat en waarom de oplichting en de opzetheling beperkter van omvang moeten zijn geweest dan de Rechtbank uit de stukken heeft afgeleid en dat en waarom de aannames en berekeningsmethodes die de Rechtbank heeft gehanteerd naar haar oordeel onjuist zijn, onder opgave van de wijze waarop zij telkens door getuigen en of door deskundigen bewijs van haar stellingen denkt te kunnen leveren.’¹¹³⁰

De Hoge Raad beriep zich hierbij op de wetsgeschiedenis. Mevis merkte in zijn noot bij dit arrest ten eerste op dat die geschiedenis niet zo erg eenduidig is. Voorts meende hij dat de door de Hoge Raad gekozen benadering voor de verdediging, gelet op de soms grote belangen die op het spel staan, wel erg zuinig is.¹¹³¹

8.4.7 *Ondervragingsruimte*

Tot besluit van dit onderdeel nog een drietal uitspraken met betrekking tot de ondervragingsruimte die de verdediging heeft wanneer zij getuigen in rechte hoort. In 1998 verschenen twee arresten waarin de Hoge Raad erop wees dat niet is vereist dat de gestelde vragen enige relatie hebben met het tenlastegelegde, omdat voor de beantwoording van vraagpunten van de artikelen 348 en 350 Sv ook andere informatie van belang kan zijn.¹¹³²

In 2004 bevestigde de Hoge Raad eerdere jurisprudentie dat ook vragen gericht op het toetsen van de betrouwbaarheid van de getuige moeten worden toegelaten. Door het beletten van dergelijke vragen had het hof een zo belangrijk beginsel van behoorlijke procesorde geschonden dat nietigheid van het onderzoek ter terechtzitting moest volgen.¹¹³³ De Hoge Raad verwees in de betreffende overweging naar zijn uitspraak van 28 juni 1983,¹¹³⁴ dus hier kunnen we spreken van bestendige jurisprudentie.

8.5 **Interne openbaarheid**

Het recht van de verdediging op informatie is het volgende thema dat in het kader van de ‘fair trial’ jurisprudentie van de Hoge Raad aan de orde wordt gesteld. Dit voor de verdediging belangrijke recht valt uiteen in twee aspecten: op welke informatie heeft de verdediging recht en vanaf welk moment kan zij dit recht uitoefenen? Over dat laatste spreekt de Hoge Raad zich overigens zelden uit, omdat het gesteggel over of, en zo ja, hoe lang het belang van het onderzoek het

¹¹³⁰ HR 25 juni 2002, NJ 2003, 97 m.nt. P.Me.

¹¹³¹ Zie voor een soortgelijke uitspraak HR 24 april 2007, NJ 2007, 265. Zie over de eisen die aan de verdediging in ontnemingszaken worden gesteld ook hoofdstuk 9. Een meer contradictoir strafproces.

¹¹³² HR januari 1998, NJ 1998, 464 en HR 6 oktober 1998, NJ 1998, 913.

¹¹³³ HR 9 maart 2004, NJ 2004, 263 m.nt. Sch.

¹¹³⁴ HR 28 juni 1983, NJ 1983, 798 m.nt. ThWvV. In dit arrest overwoog de Hoge Raad in r.o. 4.2 dat het recht van de verdediging om getuigen te ondervragen mede is toegekend om ten voordele van de verdachte een vermoeden te kunnen doen ontstaan voor het bestaan van voor de beslissing van de zaak ter zake dienende feiten en omstandigheden waaromtrent zonder het stellen van die vragen en het verkrijgen van antwoorden daarop (nog) geen grondslag aanwezig zou zijn.

verstrekken van processtukken belemmert, meestal geen beslissingen oplevert waarover de Hoge Raad zich kan uitlaten.

8.5.1 *Aanvangsmoment recht op stukken*

Desalniettemin deed de Hoge Raad in 1993 een uitspraak op dit vlak, in een zaak waarin de raadsman in cassatie had geklaagd over het feit dat de vordering tot het openen van een gerechtelijk vooronderzoek (een processtuk) pas maanden na dato aan de verdachte bekend was gemaakt.¹¹³⁵ Hij meende dat dit in strijd was met artikel 6 derde lid EVRM. De Hoge Raad oordeelde echter dat de verdachte pas ‘charged with a criminal offence’ is, als vanwege de Staat jegens betrokkene een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de gevolgtrekking kon ontlelen dat hij wordt beschuldigd van een strafbaar feit. Dit betekende voor het betreffende geval dat pas sprake was van een ‘charge’ toen de vordering aan de verdachte werd overhandigd.¹¹³⁶ Het cassatieberoep werd verworpen. Dat betekent dat de facto geen recht op processtukken kan worden uitgeoefend, zolang de verdachte onbekend is met het feit dat tegen hem een strafrechtelijk onderzoek loopt. Schalken achtte deze uitspraak moeilijk houdbaar in het licht van toen recente Europese jurisprudentie.¹¹³⁷ Nadien heeft de Hoge Raad zijn koers in deze niet gewijzigd.¹¹³⁸

8.5.2 *Geen recht op stukken uit zaken tegen medeverdachten*

In hetzelfde jaar besliste de Hoge Raad ook dat aan artikel 6 EVRM niet het recht op stukken in zaken tegen medeverdachten kan worden ontleend.¹¹³⁹

8.5.3 *Definitie ‘processtukken’*

In 1994 kwam aan de orde of de verdediging recht heeft op een kopie van een videoband met daarop het verhoor van minderjarigen.¹¹⁴⁰ In casu had de verdediging de band alleen mogen bekijken. Het hof had verzoeken om een kopie van de band afgewezen onder verwijzing naar het recht op privacy van de minderjarige die op die band zichtbaar was. In het cassatiemiddel bracht de raadsman naar voren dat de

¹¹³⁵ HR 11 mei 1993, NJ 1994, 142 m.nt. Sch. De raadsman was A.B. Baumgarten.

¹¹³⁶ Schalken kritiseerde in zijn noot dit formele criterium en sprak zijn voorkeur uit voor een materiële benadering. De garantie van een eerlijk proces brengt zijns inziens met zich dat de verdachte onder zekere voorwaarden, mede afgewogen tegen het gewicht van het onderzoeksbelang, autonoom in het procesverloop behoort te kunnen participeren, bijv. door de totstandkoming van bewijsmateriaal aan te vechten voordat het dossier op de zitting aan de rechter wordt voorgelegd. Maatstaf zou dus moeten zijn of zodanige onderzoeksmaatregelen tegen de verdachte worden getroffen dat hij daarvan op de hoogte moet worden gebracht, opdat hij de gelegenheid heeft zijn verdedigingsrechten adequaat uit te oefenen.

¹¹³⁷ Waarbij hij verwees naar Edwards, EHRM 16 december 1992, appl. Nr. 13071/87; Series A, Vol. 247b, par. 36.

¹¹³⁸ Zie HR 13 oktober 2009, NJ 2009, 604 m.nt. Schalken en HR 10 januari 2012, NJ 2012, 48.

¹¹³⁹ HR 29 juni 1993, NJ 1993, 692 m.nt. ‘tH.

¹¹⁴⁰ HR 8 februari 1994, NJ 1994, 295.

verdediging recht heeft op ongelimiteerde kennisneming en afschriften van de processtukken. Nu de videoband niet in afschrift was verstrekt, mochten de betreffende verklaringen zijns inziens niet voor het bewijs worden gebruikt. De Hoge Raad was het daarmee niet eens: hij vond het voldoende dat de verdediging van de band kennis had kunnen nemen en achtte daarom het gebruik voor het bewijs van het proces-verbaal waarin de betreffende verklaring was vastgelegd geoorloofd.¹¹⁴¹

De Dev Sol-zaak

De ‘standaard-uitspraak’ met betrekking tot dit soort problemen volgde in 1996, toen de Dev Sol-zaak de Hoge Raad bereikte.¹¹⁴² Hier ging het om fotoboeken waarvan in discussie was of die al dan niet als processtukken konden worden aangemerkt. De verdediging vond van wel, het hof van niet. In het cassatiemiddel hierover werd (onder meer) aangevoerd dat het hof zowel artikel 6 EVRM, als de beginselen van een behoorlijke procesorde, als een aantal bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering had geschonden door die boeken niet als processtukken aan te merken, terwijl deze bij de bewijsvoering een belangrijke rol hadden gespeeld.¹¹⁴³

In zijn arrest definieerde de Hoge Raad allereerst het begrip ‘processtukken’ als stukken die de officier van justitie of, in het geval van een gerechtelijk vooronderzoek, de rechter-commissaris in het dossier heeft gevoegd, behoudens de bevoegdheid van de verdediging ook harerzijds stukken in het geding te brengen. Ook hier¹¹⁴⁴ hanteerde de Hoge Raad dus een formeel criterium. Daar liet hij het echter niet bij. Hij overwoog bovendien dat moeten worden gevoegd stukken die ‘redelijkerwijze van belang kunnen zijn hetzij in voor de verdachte belastende, hetzij in voor hem ontlastende zin’.¹¹⁴⁵ Processtukken mogen niet aan de verdediging worden onthouden en daarvan moeten ook afschriften worden verstrekt. Daarnaast overwoog de Hoge Raad dat de beginselen van een behoorlijke procesorde met zich brengen dat aan de verdediging in beginsel evenmin stukken mogen worden onthouden die van belang zijn voor de beoordeling van een betrouwbaarheids- of rechtmatigheidsverweer, ook al zijn het geen processtukken. Dat betekent echter niet dat de verdediging zonder meer recht heeft op afschriften of kennisname van een hulpmiddel dat, of andere documentatie die bij de opsporing is gebruikt.

Deze uitgangspunten toepassend op het onderhavige geval achtte de Hoge Raad het oordeel van het hof dat de fotoboeken geen processtukken waren niet onjuist of onbegrijpelijk. Daarbij vond hij het van belang dat het gebruik ervan in een proces-

1141 Het bijkomend argument van de raadsman dat voor misbruik van de band niet behoefde te worden gevreesd, mede gelet op zijn beroepsgeheim, legde hierbij geen gewicht in de schaal.

1142 HR 7 mei 1996, NJ 1996, 687 m.nt. Sch. De middelen werden ingediend door E. Prakken.

1143 In de boeken waren foto’s opgenomen van personen die mogelijk betrokken waren bij Dev Sol. Deze boeken waren getoond aan getuigen, die in een aantal gevallen de verdachte hadden aangewezen als betrokken bij jegens de betreffende getuigen gepleegde strafbare feiten. Die verklaringen waren voor het bewijs gebruikt.

1144 Evenals bij de interpretatie van het zojuist genoemde ‘charged with a criminal offence’.

1145 Waarbij de Hoge Raad uitdrukkelijk het oog had op belastend of ontlastend in verband met het bewijs.

verbaal was gerelateerd en dat de daarin opgenomen foto's van de verdachte wel bij de stukken waren gevoegd. Ook kon de Hoge Raad zich vinden in de manier waarop het hof de in het geding zijnde belangen had afgewogen, welke afweging ertoe had geleid dat de verdediging de boeken wel mocht inzien, maar daarvan geen afschrift kreeg.¹¹⁴⁶

De Nijmeegse mappen-zaak

In 1997 gaf de Hoge Raad aan deze jurisprudentie een vervolg in de zaak rond de 'Nijmeegse mappen'.¹¹⁴⁷ Het betrof hier wat (door anderen dan de verdediging) wel een 'fishing expedition' wordt genoemd: in de processtukken wordt verwezen naar andere informatie, die zich echter niet in het dossier bevindt. Die informatie speelt dan ook geen rol bij de bewezenverklaring. De verdediging wil de betreffende stukken normaliter echter zien, bijvoorbeeld om na te gaan of zich daarin mogelijk ontlastend bewijs bevindt, of om na te gaan of onrechtmatigheden buiten het dossier zijn gehouden. Daarbij kan dan vaak moeilijk concreet worden gemaakt om welke informatie het gaat, juist omdat de verdediging die informatie nog niet kent. Hier ligt dan ook een principieel punt, dat nauw samenhangt met het beginsel van equality of arms: mag het openbaar ministerie uit een grote hoeveelheid informatie een keuze maken wat wel, en wat niet aan het dossier wordt toegevoegd, zonder dat de verdediging in staat wordt gesteld die keuze te controleren?

In het middel stelde de raadsman met een beroep op artikel 6 EVRM en meer in het bijzonder op het Edwards-arrest¹¹⁴⁸ van het EVRM, dat de verplichting om 'all material evidence for or against the accused' te openbaren meebrengt dat al het materiaal dat relevant zou kunnen zijn aan de verdediging ter beschikking moet worden gesteld.¹¹⁴⁹ In zijn conclusie stelde de advocaat-generaal zich op het standpunt dat uit het wettelijk systeem voortvloeit dat het de taak van het openbaar ministerie is alle stukken die redelijkerwijs voor de zaak van belang zijn in het dossier te voegen. Het enkele opperen van de mogelijkheid dat zich elders nog meer relevant materiaal bevindt is niet voldoende om aan de juiste uitvoering van die taak te twijfelen.¹¹⁵⁰

De Hoge Raad was het daar kennelijk mee eens: nu de verdediging niet méér had gesteld dan dat de informatie in de mappen misschien van belang kon zijn en de procureur-generaal ter zitting van het hof had meegedeeld dat geen verklaringen waren achtergehouden, was de afwijzing van het verzoek tot toevoeging van die mappen aan het procesdossier niet onbegrijpelijk.

1146 Het hof oordeelde dat de belangen van de opsporingsautoriteiten bij toekomstige opsporing van afpersingspraktijken door Dev Sol en de gerechtvaardigde belangen van de in de boeken opgenomen personen in zoverre zwaarder wogen dan het verdedigingsbelang dat kennisname wel, maar het verstrekken van afschriften niet kon worden toegestaan.

1147 HR 21 januari 1997, NJ 1997, 321.

1148 EHRM 27 oktober 2004, appl. nrs. 39647/98 en 40461/98 (*Edwards en Lewis t. het Verenigd Koninkrijk*).

1149 Zie de toelichting op middel I van Spong. Hij meende dat het verzoek om het toevoegen van de mappen daarom ten onrechte was verworpen.

1150 Conclusie AG Van Dorst onder 4.

In een annotatie bij een zo dadelijk te bespreken zaak ging 't Hart op deze problematiek in.¹¹⁵¹ Hij vond het criterium voor het toevoegen van stukken aan dossier ('belastend of ontlastend') te eng, omdat dit criterium alleen ziet op stukken die van belang zijn op de materiële waarheidsvinding, terwijl de eisen van rechtsstatelijkheid met zich brengen dat ook het optreden van politie en justitie controleerbaar moet worden gemaakt. Hij wees in dit verband ook op het belang van het voegen van relevante stukken uit parallel lopende zaken, het gevaar van het splitsen van zaken om dat niet te hoeven doen en het feit dat het zelfs voor de meest magistratelijke officier van justitie erg moeilijk is te beoordelen wat relevant is vanuit het perspectief van de verdediging. Hij vroeg verder aandacht voor de coulance die in de jurisprudentie aan de dag werd gelegd bij niet-naleving van de verplichting tot het toevoegen van voor de beoordeling van de zaak relevant materiaal aan het dossier, doordat verzuimen – zo al ontdekt – achteraf vrij gemakkelijk konden worden geheeld, of de verdediging geacht werd daardoor niet benadeeld te zijn.¹¹⁵² Hij vond dat 'niet getuigen van de alerte en kritische houding ten aanzien van de opsporing, zoals die na de IRT-affaire eens te meer gewenst is'.

Stukken ter toetsing rechtmatigheid of betrouwbaarheid

In een arrest van een paar maanden later bleek de Hoge Raad welwillender waar het ging om video-opnamen van het verhoor van de verdachte.¹¹⁵³ Het betrof een geval waarin de verdediging had verzocht om toevoeging aan het dossier van dergelijke video-opnamen, omdat de verdachte claimde tijdens het betreffende verhoor onder druk te zijn gezet. Ondanks een andersluidende conclusie van de advocaat-generaal oordeelde de Hoge Raad dat, indien de verdediging de betrouwbaarheid of rechtmatigheid van de tijdens een verhoor verkregen verklaring van de verdachte betwist, de gedeelten van de bandopnamen die de stellingen van de verdediging daaromtrent naar haar opvatting kunnen ondersteunen aan het dossier moeten worden toegevoegd.¹¹⁵⁴

In deze maatstaven met betrekking tot de interne openbaarheid is sindsdien geen verandering meer gekomen,¹¹⁵⁵ althans, zo lijkt het.

In 2008 paste de Hoge Raad de maatstaf die hij formuleerde in het Dev Sol-arrest ook toe in een ontnemingszaak (in aan de ontneming aangepaste

¹¹⁵¹ Zie zijn noot onder HR 21 oktober 1997, NJ 1998, 133.

¹¹⁵² Hij verwees ter illustratie van dit punt naar HR 15 januari 1991, NJ 1991, 382 (niet aan het dossier gevoegde negatieve uitslag van een sorteerproef), HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 (de Zwolsmanzaak, geen p.v. opgemaakt van aantal verrichtingen en bevindingen; bepalen rechtsgevolg is aan feitenrechter); HR 5 december 1995, NJ 1996, 422 (de zaak die aanleiding was tot de IRT-affaire; weigering originele observatie-p.v.s te voegen)

¹¹⁵³ HR 21 oktober 1997, NJ 1998, 133 m.nt. 'tH.

¹¹⁵⁴ 't Hart zag dit als een belangrijke verfijning van de Dev Sol-jurisprudentie, omdat nu, anders dan in die zaak, was vastgesteld dat onder omstandigheden ook materiaal dat tot doel heeft de rechtmatigheid van een opsporingsmethode te kunnen toetsen als processtuk moet worden beschouwd.

¹¹⁵⁵ Zie voor een weergave van de jurisprudentie van de Hoge Raad en het EHRM de uitvoerige conclusie van de AG Aben bij HR 25 mei 2010, NJ 2012, 102.

bewoordingen).¹¹⁵⁶ Annotator Borgers verwelkomde deze toepassing, maar tekende daarbij wel aan dat de Hoge Raad het recht van de verdediging op kennisname van processtukken voor het eerst leek te clausuleren door te overwegen dat aan de verdediging deze kennisneming ‘in beginsel’ niet mag worden onthouden. Hoewel Borgers meende dat de Hoge Raad hiermee geen blijk gaf van een verandering van opvatting,¹¹⁵⁷ vond hij deze toevoeging toch ongelukkig. Ook uitte hij kritiek op de uitwerking van het criterium in de betreffende zaak. Dit omdat een anonieme brief, waaruit passages in een CID-rapport waren opgenomen, niet als processtuk werd aangemerkt, terwijl die passages vervolgens voor de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel waren gebruikt. Borgers vond het moeilijk verdedigbaar dat de oorspronkelijke bron van de gebezigde informatie niet als processtuk had te gelden. Bovendien bekritiseerde hij het feit dat de Hoge Raad de genoemde passages voor het bewijs bruikbaar achtte, zonder dat compensatie voor het gebruik van informatie uit anonieme bron was geboden. Hij vond dat de Hoge Raad aldus onvoldoende inhoud leek te hebben gegeven aan ‘de verdedigingsrechten’.¹¹⁵⁸

8.6 Schending van de redelijke termijn

Een thema van andere orde dan de voorgaande, maar niet minder een onderdeel van een ‘fair trial’, is de redelijke termijn.

Van niet-ontvankelijkheid naar strafvermindering

Kort voor het begin van de onderzochte periode was de Hoge Raad nog streng in de bewaking van de redelijke termijn, die toen zo ongeveer inhield dat het meer dan twee jaar ‘stilliggen’ van de zaak tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie leidde. Hij beschouwde de naleving daarvan als een fundamenteel beginsel van een behoorlijke procesorde,¹¹⁵⁹ waarnaar de rechter ambtshalve onderzoek moest doen. Het belang van de verdachte behoefde geen onderbouwing; het werd kennelijk voorondersteld.¹¹⁶⁰

¹¹⁵⁶ HR 22 januari 2008, NJ 2008, 406 m.nt. Borgers.

¹¹⁵⁷ Hij veronderstelde dat de Hoge Raad hiermee doelde op de beperkingen voor beperkte duur, die hij in het criterium zoals geformuleerd in het Dev Sol-arrest had opgenomen.

¹¹⁵⁸ Dat kon overigens mede te maken hebben met het feit dat de verdediging niet was blijven vasthouden aan het verzoek de schrijver van de brief te horen.

¹¹⁵⁹ HR 23 september 1980, NJ 1981, 116, m.nt. GEM.

¹¹⁶⁰ Zie bijvoorbeeld HR 16 februari 1988, NJ 1988, 946, m.nt. ThWvV. Het betrof een veroordeling bij verstek, terwijl twee jaar en bijna twee maanden waren verstreken tussen het instellen van het hoger beroep en de datum van de behandeling daarvan. In cassatie klaagde de verdachte erover dat het hof het openbaar ministerie ambtshalve niet-ontvankelijk had moeten verklaren wegens overschrijding van de redelijke termijn. De Hoge Raad nam in aanmerking dat in de betreffende periode geen onderzoek hoefde plaats te vinden, dat de vertraging mede was ontstaan doordat in hoger beroep tot drie maal toe een nietige dagvaarding was uitgebracht en de politierechter een gevangenisstraf van 10 dagen had opgelegd. Daarom had het hof er blijk van moeten geven te hebben onderzocht of de redelijke termijn in acht was genomen. Nu dit niet was gebeurd vernietigde de Hoge Raad het arrest van het hof. Annotator Van Veen merkte op dat de Hoge Raad hier voor het eerst ambtshalve onderzoek naar de schending van de redelijke termijn eiste. De

In 1987 ging de Hoge Raad echter om met betrekking tot de op te leggen sanctie: hij wees de feitenrechter erop dat als reactie op een schending van de redelijke termijn ook strafverlaging kan volgen.¹¹⁶¹ Enige toelichting op deze wijziging gaf hij niet. Wel bepaalde hij dat de rechter in zijn uitspraak moet aangeven welke mate van schending hij heeft aangenomen en tot welke verlaging hij daarin aanleiding heeft gevonden.

Nadien raakte de strafvermindering als sanctie op termijnoverschrijdingen ook daadwerkelijk in opmars.¹¹⁶² Bovendien bleek het belang van afdoening binnen een redelijke termijn ook in het nadeel van de verdachte te kunnen uitpakken: in 1990 liet de Hoge Raad een oordeel van het hof in stand waarin dat belang zwaarder woog dan het belang van de verdachte bij aanwezigheid bij de behandeling van zijn zaak. Het feit dat de betreffende verdachte voor onbekende tijd in Engeland gedetineerd was en zijn raadsman in de gelegenheid was gesteld de verdediging te voeren speelde daarbij een rol.¹¹⁶³

Het eerste didactische arrest

In 2000 wees de Hoge Raad het eerste, welbekende, richtinggevende arrest over de redelijke termijn, waarin hij algemene uitgangspunten en regels formuleerde waarop zijn jurisprudentie van dat moment was gestoeld.¹¹⁶⁴ Daarmee was het definitief gedaan met de vroegere strengheid: voortaan was strafvermindering de gebruikelijke reactie op termijnoverschrijding en mocht in lichte gevallen ook worden volstaan met de enkele constatering van de schending. Niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie kon slechts nog in uitzonderlijke gevallen aan de orde zijn. De

redactie van de NJ vermeldde in een noot bij het arrest dat na verwijzing het openbaar ministerie niet-ontvankelijk werd verklaard. Zie voorts HR 1 mei 1990, NJ 1990, 641, waarin de Hoge Raad de redelijke termijn ambtshalve onderzocht en zelf afdeed met het uitspreken van de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie nadat gedurende ongeveer 5 jaar was nagelaten de verstekmededeling van het arrest van het hof te betekenen terwijl de verdachte gemakkelijk vindbaar was. De Hoge Raad oordeelde dan ook als feitenrechter over deze overschrijding. In HR 13 februari 1990, NJ 1990, 633 stelde hij een verdachte buiten vervolging in een geval waarin het hof meer dan twee jaar wachtte met het insturen van stukken naar de Hoge Raad. Ook hier oordeelde de Hoge Raad als feitenrechter. In HR 20 december 1994, NJ 1995, 471 sprak hij opnieuw zelf de niet-ontvankelijkheid uit, nadat het ruim 18 maanden had geduurd voor een verstekmededeling was betekend, terwijl verdachte's adres bekend was. In deze zaak was dat de druppel. De Hoge Raad oordeelde dat gelet op de eenvoudige aard van de zaak (medeplegen van winkeldiefstal en heling, waarvoor de politierechter een week gevangenisstraf had opgelegd) en de ouderdom daarvan de redelijke termijn was overschreden en deed de zaak zelf af.

1161 HR 7 april 1987, NJ 1987, 587 m.nt. ThWvV. Daarbij moest de rechter in zijn uitspraak aangeven welke mate van schending hij heeft aangenomen en tot welke verlaging hij daarin aanleiding heeft gevonden.

1162 Zie bijvoorbeeld HR 13 oktober 1998, NJ 1999, 52 over schending van de redelijke termijn in de cassatiefase, waarbij de Hoge Raad als feitenrechter optredend zelf strafvermindering toepaste en HR 20 oktober 1988, NJ 1999, 91 m.nt. JdH.

1163 HR 12 juni 1989, NJ 1990, 834 m.nt. ThWvV.

1164 HR 3 oktober 2000, NJ 2000, 721 m.nt. JdH. Het voert te ver dit arrest hier integraal te bespreken, daarom worden alleen de voor ons onderwerp belangrijkste onderdelen aangehaald. Het arrest bevat daarnaast echter nog vele andere regels, waarin de Hoge Raad onderscheid maakt tussen zijn toetsing als cassatierechter en zijn beoordeling als feitenrechter.

verplichting voor de feitenrechter ambtshalve onderzoek te doen naar termijnoverschrijding bleef, maar de noodzaak daarover in zijn uitspraak verantwoording af te leggen bestond niet langer wanneer de verdachte in een procedure op tegenspraak terzake geen verweer had gevoerd of, in verstekzaken, wanneer de dagvaarding hem in persoon was betekend. Evenmin kon in die gevallen in cassatie nog over schending van de redelijke termijn worden geklaagd. Het zelfstandige belang van de goede procesorde dat de Hoge Raad in de vorige eeuw nog in berechting binnen een redelijke termijn zag, was dus weliswaar niet helemaal verdwenen, maar werd wel overschaduwd door het belangencriterium

Het tweede didactische arrest

Het voorlopige sluitstuk van deze ontwikkeling volgde in 2008. Opnieuw wees de Hoge Raad een overzichtsarrest, waarin hij de eerder gegeven regels samenvatte en aanpaste. Dit maal sneuvelde de niet-ontvankelijkheid helemaal.¹¹⁶⁵ Voor het eerst motiveerde hij zijn koerswijziging met een inhoudelijk argument: met betrekking tot de ‘afschaffing’ van de niet-ontvankelijkheid overwoog de Hoge Raad dat ook de verjaringsregels bescherming bieden tegen inactiviteit van politie en justitie. Dit leidde tot een kritische reactie van annotator Mevis, die erop wees dat die regels voor een ander doel geschreven zijn dan die in artikel 6 EVRM.

Als op één terrein de Hoge Raad in de afgelopen 22 jaar drastisch van koers is gewijzigd, is dit het wel.

8.7 Diverse onderwerpen

Als laatste komen in dit hoofdstuk nog enkele onderwerpen kort aan de orde.

Rechtsmiddelen

Ten eerste dat van de rechtsmiddelen. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad op dit terrein tot twee maal toe kort na het wijzen van een arrest op de daarin gedane uitspraken terugkwam.

In 1993 verraste de Hoge Raad de rechtspraak met een arrest waarin hij aanvaardde dat een door een ambtelijke fout na het verstrijken van de beroepstermijn opgewekte verwachting het strikte systeem van rechtsmiddelen kan doorkruisen.¹¹⁶⁶ De zaak betrof een geval waarin een veroordeelde appel had ingesteld na ontvangst van een verstekmededeling waarin (abusievelijk) werd meegedeeld dat nog hoger beroep openstond.

Twee jaar later kwam de Hoge Raad op deze uitspraak terug en oordeelde dat de beroepstermijnen van openbare orde zijn en dat de verdachte niet in een slechtere

¹¹⁶⁵ HR 17 juni 2008, NJ 2008, 358 m.nt. Mevis.

¹¹⁶⁶ HR 16 maart 1993, NJ 1993, 585 m.nt. Knigge.

positie was geraakt doordat hij vertrouwde op een onjuiste mededeling.¹¹⁶⁷ Waarschijnlijk was het arrest uit 1993 een ‘foutje’.¹¹⁶⁸

Een andere verrassing in datzelfde jaar was een arrest waarin de Hoge Raad oordeelde dat een anonieme verdachte ook anoniem van zijn veroordeling mag appelleren.¹¹⁶⁹ Hij overwoog – de advocaat-generaal Fokkens volgend – dat uit het geldend recht een verplichting tot het opgeven van personalia niet kon worden afgeleid en dat de beginselen van een behoorlijke procesorde een dergelijke verplichting evenmin met zich brengen.

Annotator Corstens was kritisch: hij wees erop dat op het rechtssubject ook verplichtingen rusten en meende (onder meer) dat van de rechtsstaat, gezien de onuitvoerbaarheid van tegen een NN gewezen vonnis, teveel wordt gevraagd als de gerechten worden verplicht diens zaak ook nog eens in hoger beroep te behandelen.¹¹⁷⁰

In 2001 ging de Hoge Raad ook wat dit betreft om,¹¹⁷¹ wijzend op een aantal feiten en omstandigheden die ten opzichte van 1993 niet of nauwelijks nieuw waren.¹¹⁷²

Ook deze uitspraak oogstte kritiek. Zowel annotator Schalken als chroniqueur Doorenbos¹¹⁷³ vond de argumentatie weinig overtuigend. Schalken merkte op dat het arrest paste in de tendens om van verdachte meer te eisen waar het gaat om het aanwenden van rechtsmiddelen.

Omvang van het hoger beroep

In 1995 bevestigde de Hoge Raad nog eens zijn toen al bestendige jurisprudentie dat bij het bepalen van de omvang van het hoger beroep mede gelet moet worden op de bedoeling van de verdachte.¹¹⁷⁴ In een strafzaak waren de uitspraak in de hoofdzaak en in de ontneming gelijktijdig en onder hetzelfde nummer gedaan. In hoger beroep deelde de voorzitter mede dat het beroep zich niet uitstreekte tot de ontneming en verklaarde de verdachte daarin niet-ontvankelijk, ondanks protest van de raadsman en ondanks het feit dat het OM de verdachte voor beide zaken had opgeroepen. De Hoge Raad repareerde eerst de procedurele misser van het hof door genoemde mededeling van de voorzitter te verstaan als een einduitspraak en oordeelde vervolgens dat, gelet op de omstandigheden en gezien hetgeen namens verdachte was aangevoerd de appelakte bezwaarlijk voor andere uitleg vatbaar was dan dat daarmee ook beroep werd aangetekend tegen de ontneming.

Deze jurisprudentie is tot op heden ongewijzigd gebleven.

¹¹⁶⁷ HR 18 maart 1995, NJ 1995, 500 m.nt Schalken.

¹¹⁶⁸ De Hoge Raad keerde met zijn latere uitspraak terug naar de eerder in de jaren tachtig uitgezette lijn. Zie bijvoorbeeld HR 3 april 1984, NJ 1984, 700.

¹¹⁶⁹ HR 27 oktober 1992, NJ 1993, 352 m.nt. Corstens.

¹¹⁷⁰ HR 27 juni 1995, NJ 1995, 750.

¹¹⁷¹ HR 27 februari 2001, NJ 2001, 499 m.nt. Schalken.

¹¹⁷² Te weten de onuitvoerbaarheid van rechterlijke uitspraken tegen anonieme verdachten (ook t.a.v. de ontneming en de benadeelde partij), de rechtsongelijkheid t.o.v. verdachten van wie de namen wel bekend zijn, het feit dat op andere rechtsgebieden ook geen mogelijkheid van anoniem appel bestaan).

¹¹⁷³ Doorenbos, 2001.

¹¹⁷⁴ HR 27 juni 1995, NJ 1995, 750.

8.8 Beschouwing en conclusie

Wat betreft het aanwezigheidsrecht werd in de onderzochte periode tamelijk drastisch rechtsbeschermend optreden van de Hoge Raad gezien toen de wetgever de afdoening van verstekzaken wilde vergemakkelijken door het begrip woonplaats te formaliseren: de Hoge Raad zorgde ervoor dat desalniettemin toch zoveel mogelijk moest worden getracht de verdachte van de behandeling van zijn zaak op de hoogte te brengen en stelde aanvullende eisen bij de nieuwe wetgeving. Daartegenover kreeg de verdachte in hoger beroep overigens wel de verplichting toebedeeld zich bereikbaar te houden voor justitie.

Veel minder rechtsbeschermend was en bleef de Hoge Raad waar het ging om bijstand aan de afwezige verdachte. In de onderzochte periode bleef hij op dat terrein afhoudend: de (kennelijk bewust) afwezige verdachte wordt in beginsel geacht van zijn recht op verdediging afstand te hebben gedaan, behoudens uitzonderingen. Die uitzonderingen bestonden aan het begin van de onderzochte periode uit 'klemmende redenen' die de verdachte verhinderden de zitting bij te wonen. Slechts wanneer daarvan naar het oordeel van de feitenrechter sprake was, mocht de ter zitting aanwezige raadsman iets ten behoeve van de verdediging naar voren brengen.

Pas nadat het EHRM dat in strijd met artikel 6 EVRM bleek te vinden verdween dit criterium, maar nadat de wetgever de gemachtigd raadsman had ingevoerd, kreeg de machtiging van de raadsman min of meer dezelfde rol als voorheen de 'klemmende redenen'. Wanneer de raadsman niet is gemachtigd geldt de oude striktheid: dan mag hij op het bespreken van de geldigheid van de dagvaarding en het vragen van aanhouding na helemaal niets. Na enige tijd vroeg de Hoge Raad voor de mogelijkheid van de afwezige verdachte op verdediging bovendien iets terug: een dergelijke procedure werd een procedure op tegenspraak, met de bijbehorende korte beroepstermijn.

Met betrekking tot de rechtsbijstand van de raadsman in de fase direct na de aanhouding en het eerste verhoor van de verdachte was de Hoge Raad evenmin te vermurwen. Ondanks herhaalde pogingen vanuit de advocatuur de raadsman toegang tot het politieverhoor te bezorgen, las de Hoge Raad dit recht nooit in artikel 6 EVRM. Ook hier zorgde een arrest van het Straatsburgse Hof voor een keerpunt, dat de Hoge Raad in richtinggevende arresten voor de Nederlandse rechtspraak vertaalde; zij het niet helemaal in de zin die advocaten zich gewent hadden. De Hoge Raad was ook op het terrein van de rechtsbijstand aan de afwezige verdachte dus voornamelijk (het EHRM langzaam) volgend.

Wel benadrukte de Hoge Raad de kernrol van de raadsman op de zitting door de rechter een onderzoeksplicht op te leggen bij diens onverwachte afwezigheid.

Rechtsbeschermend optreden van de Hoge Raad werd weer gezien waar het ging om het recht van de verdediging op het horen van getuigen in algemene zin. Wat betreft de criteria voor de beoordeling van verdedigingsverzoeken met betrekking tot getuigen (het verdedigingbelang en de noodzaak) geldt dat de Hoge Raad het recht van de verdediging op het honoreren van haar getuigenverzoeken (naar het lijkt

meer dan in de eerdere periode) vooropstelde en de feitenrechter maande (tijdige) verzoeken slechts marginaal te toetsen. Ook ging hij in de loop van de onderzochte periode voor het eerst over tot inhoudelijke toetsing van de toepassing van het noodzaakcriterium. De responsieplicht deformeeliseerde hij: wanneer de verdediging getuigen wenst te doen oproepen, mag de rechter daar niet te gemakkelijk op formele gronden overheen stappen. Anderzijds is de Hoge Raad ook aan de motivering van de verzoeken van de verdediging eisen gaan stellen. De indruk bestaat dat die eisen hoger zijn naarmate het verzoek in een later stadium van de procedure worden gedaan.

Toen de wetgever de rechten van de verdediging op het horen van getuigen in hoger beroep wilde beperken door het toepassingsbereik van het noodzaakcriterium sterk uit te breiden, stak de Hoge Raad daar gedeeltelijk een stokje voor: voor zover aan de verdediging onmogelijke eisen werden gesteld trok de Hoge Raad de inhoudelijke toepassing van het noodzaakcriterium gelijk met die van het criterium van het verdedigingsbelang. Maar hij bewaakte ook de doelstellingen van de wetgever bij het voortbouwend appel door datzelfde te doen waar door een kennelijk verzuim van de wetgever het verdedigingsbelang als maatstaf in de wet was gehandhaafd.

Op het terrein van ondervragingsrecht speelde de Hoge Raad een wel zeer terughoudende en weinig rechtsbeschermende rol. Toen de anonieme en de kroongetuige als nieuwe fenomenen ten tonele kwamen, liet hij het gebruik daarvan toe, zonder dit uit eigen beweging te normeren. Voor wat betreft de anonieme getuigen ging hij daar pas toe over toen de Europese jurisprudentie daartoe noodzaakte. Bovendien bleef hij ook daarna een aantal malen naar het oordeel van het EHRM in gebreke bij het bewaken van de belangen van de verdediging: dat Hof moest meermalen corrigeren. Voor wat betreft de kroongetuigen liet de Hoge Raad de rechtsvorming geheel aan de wetgever over, al moest daarop jaren worden gewacht. Terwijl het gebruik van dergelijke getuigen in de praktijk doorging, beperkte de Hoge Raad zich in afwachting van wetgeving tot een marginale toetsing van de inzet en het gebruik van die methode.

Ook bij het gebruik voor het bewijs van verklaringen van getuigen die niet door de verdediging konden of mochten worden gehoord, speelden de Straatsburgse uitspraken een leidende rol. In 1994 paste de Hoge Raad zijn jurisprudentie aan de Straatsburgse aan, in een arrest dat ook nu nog de toon zet. De lijnen die de Hoge Raad daarin uitzette bleken echter niet geheel 'Straatsburg-proof'. Dat betrof met name zaken waarin het ging om (ook minderjarige) getuigen op wier verklaringen het bewijs in beslissende mate was gebaseerd en die niet konden of mochten worden gehoord en zaken waarin dergelijke getuigen wel waren gehoord, maar zich hadden beroepen op hun verschoningsrecht. De Hoge Raad bleek te weinig oog te hebben voor de handicaps die de verdediging daardoor ondervindt en de compensatie die haar in die gevallen moet worden geboden.

Verder viel op dat de toetsing van verzoeken om 'rechtmatigheidsgetuigen' soms strenger uitviel dan als het de verdediging ging om getuigen ten behoeve van de materiële waarheids-vinding.

In ontnemingszaken stelt de Hoge Raad, onder verwijzing naar het bijzondere karakter van dergelijke procedures en daarom in afwijking van zijn jurisprudentie in strafzaken, veel hogere eisen aan verzoeken tot het horen van getuigen.

Het recht op processtukken legt de Hoge Raad in theorie ruim en in de praktijk beperkt(er) uit. Waar het gaat om processtukken die betrekking hebben op het bewijs is de Hoge Raad in ieder geval in theorie ruimhartig en ook staat hij toe dat de verdediging toegang krijgt tot stukken om de rechtmatigheid van het overheidsoptreden te toetsen. Hij zet echter zijn regels geen kracht bij door die van stevige sancties te voorzien. Bovendien gaat hij ook hier in beginsel uit van de rechtmatigheid van het optreden van politie en justitie, in die zin dat hij op voorhand aanneemt dat de officier van justitie (ook) alles wat voor de verdediging relevant is in het dossier voegt – en eveneens dat hij zelf in staat is die afweging te maken.

Als de verdediging inzage wil in niet aan het dossier toegevoegde stukken moet haar verzoek aan een hoge eis voldoen, te weten dat aannemelijk is dat de verzochte stukken inderdaad relevant zijn voor de beoordeling van de strafzaak. Die eis kan problematisch zijn, gelet op het feit dat de verdediging vaak onbekend is met het materiaal dat zij wil zien.

Op stukken uit zaken van medeverdachten of uit ‘parallele’ strafzaken bestaat in beginsel geen recht.

De beoordeling van de redelijke termijn ten slotte, is van alle in dit hoofdstuk besproken onderwerpen van de jurisprudentie het meest drastisch gewijzigd ten opzichte van de tachtiger jaren. Een strenge toetsing aan een simpele regel (twee jaar stilliggen is onredelijk) met toepassing van een al even strenge sanctie (niet-ontvankelijkheid) werd omgevormd tot een gecompliceerd ‘kruidenierssysteem’ met als sanctie de enkele constatering van het verzuim of strafvermindering. De niet-ontvankelijkheid werd op betwistbare gronden als sanctie op dit verzuim afgeschaft.

Het voorgaande beschouwend bestaat opnieuw een gemengd beeld. Aan de ene kant een Hoge Raad die de verdediging (zeker als zij tijdig met verzoeken komt) in de onderzochte periode steeds wel ruimte wilde geven en deze soms ook beschermde tegen al te drastische efficiencymaatregelen van de wetgever. Aan de andere kant een Hoge Raad die de belangen van de verdediging nogal eens ondergeschikt maakte aan het maatschappelijk belang (zoals het belang dat de verdachte bij zijn berechting aanwezig is) of de belangen van (met name kwetsbare) getuigen. Daarbij werd het recht op een fair trial meermalen geschonden.

Op geen enkel ander terrein constateerde het EHRM zo vaak een schending van dat recht door de Nederlandse rechter als waar het ging om het recht op het horen van getuigen of het bieden van compensatie voor de onmogelijkheid daartoe. De mogelijke verklaring, dat de Hoge Raad het ondervragingsrecht eerder beziet in het kader van de taak en de verantwoordelijkheid van de strafrechter in het inquisitoire strafproces dan als verdedigingsrecht, is vanuit het perspectief van zijn rechtsbeschermende taak bedenkelijk.

9 Een meer contradictoir strafproces

9.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 werd in algemene zin ingegaan op het motiveringsgebrek als het belangrijkste vormverzuim en op de eisen die de Hoge Raad aan de motivering van uitspraken van de feitenrechter stelt. Daar werd al enigszins vooruitgelopen op wat in dit hoofdstuk (onder meer) wordt besproken, te weten de gestage uitbreiding van de eisen die de Hoge Raad in zijn jurisprudentie aan de lagere rechter stelt waar het gaat om het motiveren van zijn beslissingen.¹¹⁷⁵ Ook in de jurisprudentieoverzichten in de vorige hoofdstukken kwam dit al her en der naar voren. In dit hoofdstuk wordt meer specifiek gekeken naar de motiveringsverplichtingen die de Hoge Raad aan de feitenrechters stelt. Het gaat dan met name om de feitelijke beslissingen, of het feitelijk deel van gemengde beslissingen, nu juist deze op hun begrijpelijkheid worden getoetst.

Vervolgens zal blijken dat ook de verdediging (evenals het openbaar ministerie) niet aan deze nieuwe trend ontkomt: ook van haar wordt meer activiteit en meer motivering verwacht dan voorheen.

Al sinds 1838¹¹⁷⁶ eist de Hoge Raad van de feitenrechter dat hij zijn bewijsbeslissing – de feitelijke beslissing bij uitstek in de strafrechtelijke procedure – motiveert door het opnemen van de bewijsmiddelen en controleert hij of de bewezenverklaring daaruit kan volgen. Rond de vorige eeuwwisseling begon hij bovendien ook andere motiveringen van de feitenrechter steeds meer inhoudelijk te toetsen.

Sinds de wetgever in 1926 een systeem van wettelijke responsieplichten ten aanzien van juridische verweren invoerde, controleert de Hoge Raad bovendien hoe de rechter aan die wettelijke motiveringsplichten inhoud geeft en sinds ongeveer de jaren zeventig van de vorige eeuw controleert de Hoge Raad beslissingen van de feitenrechter mede aan de hand van de onderliggende stukken in het dossier¹¹⁷⁷ en gaat hij over tot vernietiging wegens het ontbreken van een deugdelijke motivering

¹¹⁷⁵ Zie hoofdstuk 3, onder 3.3.

¹¹⁷⁶ In dat jaar is de algemene motiveringsverplichting van vonnissen en arresten in het Wetboek van Strafvordering opgenomen.

¹¹⁷⁷ De ‘doorbreking van de papieren muur’ waarmee wordt bedoeld op het feit dat de Hoge Raad sindsdien kennisneemt van feiten en omstandigheden die niet door de rechter zijn vastgesteld, maar wel kenbaar zijn uit andere stukken van het geding dan de rechterlijke uitspraak of het proces-verbaal van de zitting.

wanneer een beslissing gelet op die stukken onbegrijpelijk is.¹¹⁷⁸ In dezelfde tijd begon een voorzichtige opmars van buitenwettelijke motiveringsverplichtingen op het terrein van het bewijs.¹¹⁷⁹ Het Meer en Vaart-arrest¹¹⁸⁰ markeerde het begin daarvan. Daarna volgde in 1982 het Dakdekkersarrest.¹¹⁸¹

De hoofdregel in de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, dat de feitenrechter vrij is in de selectie en waardering van het bewijs, hield echter stand. In het Meer en Vaartarrest ging het immers niet over de selectie en waardering van het bewijsmateriaal, maar over de sluitendheid van de bewijsredenering. Het Dakdekkersarrest behelsde in wezen de erkenning dat sommige bewijsverweren niet of nauwelijks te onderscheiden zijn van kwalificatieverweren en vanwege dit juridisch karakter een antwoord behoeven. Ook dat had met de vrije selectie en waardering weinig te maken. De Hoge Raad werd desalniettemin dus wel kritischer op de juridische en inhoudelijke kwaliteit van de bewijsvoering.

In het navolgende zal worden gekeken naar hoe dat verder ging en wat er in de afgelopen 20 jaar nog meer gebeurde op het terrein van de eisen die de Hoge Raad aan de feitenrechter, het openbaar ministerie en de verdediging stelt op het gebied van de stel- en motiveringsplichten.

9.2 Aan de rechter gestelde motiveringseisen op het terrein van het bewijs en (vanaf 2006) het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt

In het begin van de onderzochte periode vond een verdere uitbouw van de responsieplichtige bewijsverweren plaats en spoorde de Hoge Raad de feitenrechter aan om ook de verwerping van ‘juridische’ bewijsverweren¹¹⁸² op een duidelijke manier te motiveren.

9.2.1 Onrechtmatig verkregen bewijs

In 1988 oordeelde de Hoge Raad dat een verweer, dat op grond van een last tot binnentreden ten onrechte huiszoeking was gedaan en dat daarom bewijsuitsluiting moest volgen van de daarbij gevonden cocaïne, onvoldoende gemotiveerd was verworpen.¹¹⁸³ Het hof had kortweg overwogen dat niet aannemelijk was geworden

¹¹⁷⁸ Waarbij wel moet worden aangetekend dat er dan wel over die onbegrijpelijkheid geklaagd moet worden. Zie ook over deze ontwikkeling hoofdstuk 4, onder 4.2.3.1 en hoofdstuk 6, onder 6.4.3.1.

¹¹⁷⁹ Zie hierover Deel 3, hoofdstuk 6, onder 6.4.3.3..

¹¹⁸⁰ HR 1 februari 1972, NJ 1974, 450, m.nt. ThWvV.

¹¹⁸¹ HR 16 februari 1982, NJ 1982, 411. In dit arrest was een bewijsverweer gevoerd dat niet louter van feitelijke aard was, maar mede een rechtsvraag inhield. Ook een dergelijk verweer mocht niet onbeantwoord blijven.

¹¹⁸² De vraag of onrechtmatig verkregen bewijs tot het bewijs mag meewerken wordt door de Hoge Raad behandeld als een rechtsvraag, zie bijv. het Bloedproef II-arrest. Hetzelfde geldt voor de vraag of het gebruik voor het bewijs van anonieme getuigen geoorloofd is, getuige bijv. de eerste uitspraak daarover na het Kostovski-arrest van het EHRM (HR 2 juli 1990, NJ 1990, 692).

¹¹⁸³ HR 12 april 1988, NJ 1988, 1040 m.nt. C.

dat huiszoeking was gedaan. De advocaat-generaal Meijers zag hierin geen probleem, nu door de verdediging niets was aangevoerd waaruit zou kunnen worden afgeleid dat van gericht en stelselmatig zoeken¹¹⁸⁴ sprake was geweest.

De Hoge Raad vond de verwerping echter te mager. Hij gaf een algemene instructie voor gevallen waarin vaststond dat de politie een woning was binnengetreten op grond van een last die geen bevoegdheid tot huiszoeking inhield en waarin vervolgens werd geklaagd dat zij toch huiszoeking had gedaan. In die gevallen moest de rechter ten eerste onderzoeken of enige vorm van zoeking was verricht en zo ja, van welke aard en omvang, en ten tweede of dat onderzoek was aan te merken als een huiszoeking in de zin van het Wetboek van Strafvordering. Bovendien moest uit de verwerping van het betreffende verweer blijken tot welk oordeel de rechter met betrekking tot deze punten was gekomen.

Corstens trok in zijn noot de vergelijking met de wijze waarop de rechter verweren inzake strafuitsluitingsgronden dient te behandelen: de rechter moet duidelijk maken of hij de aangevoerde feiten al dan niet aannemelijk acht, dan wel of hij van oordeel is dat die feiten de daaraan verbonden juridische conclusie al dan niet rechtvaardigen.

9.2.2 *Betrouwbaarheidsverweren – periode 1989-1998*

De volgende lichting nieuwe motiveringsverplichtingen betrof verweren inzake de betrouwbaarheid van deskundigen en door hen gehanteerde methoden.

Het poppenspelarrest

Deze jurisprudentiële ontwikkeling begon bij het beroemde Poppenspelarrest uit 1989, waarin de Hoge Raad voor het eerst oordeelde dat de feitenrechter moest motiveren waarom hij een voor het bewijs gebruikt deskundigenrapport betrouwbaar achtte.¹¹⁸⁵

De casus is bekend: in een onderzoek naar de verdenking van incest was bij spelinterviews met de minderjarige aangevers gebruik gemaakt van anatomisch correcte poppen. Daarvan was rapport opgemaakt door een orthopedagoge/psychomotorisch therapeute. Het hof veroordeelde mede op grond van deze rapportage. Daartegen werd in cassatie opgekomen¹¹⁸⁶ met de klacht dat het hof niet was ingegaan op het goed onderbouwde verweer dat de door de deskundige gehanteerde methode onbetrouwbaar en ondeugdelijk was.

De Hoge Raad oordeelde dat het hof dit verweer inderdaad niet ongemotiveerd had mogen verwerpen. Corstens zei in de Kroniek van het Strafrecht 1989 dat hiermee weer wat was afgeknabbeld van de algemene regel dat de selectie en waardering van bewijsmateriaal tot het exclusieve domein van de feitenrechter behoort.

¹¹⁸⁴ Dat is immers de 'definitie' van een huiszoeking (tegenwoordig: doorzoeking).

¹¹⁸⁵ HR 28 februari 1989, NJ 1989, 748, m.nt. 'tH.

¹¹⁸⁶ Door H.K. Ter Brake.

Het 'keuzeconfrontatie-arrest'

In een arrest van kort daarna, dat door 't Hart samen met het Poppenspelarrest werd geannoteerd, liep het echter anders af. In de betreffende zaak werd een al even uitvoerig onderbouwd en met wetenschappelijke opinies gedocumenteerd verweer gevoerd ten aanzien van de wijze waarop keuzeconfrontaties waren gehouden.¹¹⁸⁷ Ook dit verweer werd door het hof ongemotiveerd verworpen en de herkenning van de verdachte door de getuigen werd voor het bewijs gebruikt.

De tegen dit oordeel ingestelde cassatie bleef in deze zaak zonder resultaat: de Hoge Raad verwierp het beroep met de standaardmotivering dat de selectie en waardering van het bewijsmateriaal, behoudens hier niet ter zake doende uitzonderingen, niet hoeft te worden gemotiveerd.¹¹⁸⁸

't Hart wees in zijn noot op het dogmatische onderscheid tussen juridische verweren (wel responsieplichtig) en feitelijke verweren (niet responsieplichtig).¹¹⁸⁹ Hij constateerde dat aan dit oude, in de praktijk toch al niet al te houbbare, onderscheid werd getornd door de introductie van motiveringsplichten ten aanzien van onrechtmatig verkregen bewijsverweren, Meer en Vaart- en Dakdekkersverweren en verweren met betrekking tot anonieme getuigen.¹¹⁹⁰ De Hoge Raad leek ook hem (evenals Corstens) in die ontwikkeling nu een stap verder te zetten met het Poppenspelarrest, maar hij voegde daaraan toe dat een motiveringseis betreffend de inhoudelijke geloofwaardigheid en betrouwbaarheid van bewijsmiddelen nog steeds nergens werd gesteld, evenmin als betreffend de onderlinge selectie en weging daarvan. Hij zag het verschil tussen de beide door hem besproken arresten in het feit dat het in het Poppenspelarrest ging over een deskundigenrapport en de status daarvan, en niet over de waardering en selectie van het eigenlijke bewijsmateriaal, zoals dat in het keuzeconfrontatie-arrest wel het geval was.¹¹⁹¹

In 1997 en 1998 (bijna 10 jaar later dus) bouwde de Hoge Raad de responsieplicht ten aanzien van verweren met betrekking tot deskundigenrapportages verder uit met het computergame-arrest en het orthopedische schoenmaker-arrest. Ook creëerde hij in 1998 een responsieplicht voor verweren met betrekking tot de betrouwbaarheid van kroongetuigen.

¹¹⁸⁷ HR 14 maart 1989, NJ 1989, 747 m.nt. 'tH. De cassatiemiddelen werden ingediend door H.H.M. van Dijk.

¹¹⁸⁸ Advocaat-generaal Leijten stelde dat het middel een beoordeling in derde instantie beoogde, maar dat de macht van de Hoge Raad daartoe niet reikt.

¹¹⁸⁹ Zie over dit onderscheid ook hoofdstuk 3, onder 3.3.8 en de hoofdstukken 4 en 5.

¹¹⁹⁰ Zie over de motiveringsverplichtingen omtrent de anonieme getuige hoofdstuk 8, onder 8.4.1 Anonieme getuigen en 8.4.2 Kroongetuigen.

¹¹⁹¹ Hij vond overigens dat het verweer inzake de keuzeconfrontatie eigenlijk een onrechtmatig verkregen bewijsverweer was, omdat daaraan in wezen ten grondslag lag dat de herkenning door de politie was geësceneerd. Zo gezien had de verwerping van het verweer wel gemotiveerd moeten worden. Advocaat Van Dijk probeerde dat een paar jaar later uit op de Hoge Raad, maar opnieuw zonder resultaat, omdat de Hoge Raad vond dat in het bij het hof gevoerde verweer onvoldoende was gesteld om het als een onrechtmatig verkregen bewijsverweer aan te kunnen merken. Zie HR 8 juli 1992, NJ 1993, 407 m.nt. ThWvV.

Het computergame-arrest

Het computergame-arrest¹¹⁹² ging over een door de verdediging ingebracht deskundigenrapport waaruit naar voren kwam dat het door het openbaar ministerie gepresenteerde bewijs twijfelachtig was. De zaak had betrekking op een variant van het spel dat wel bekend staat als Golden Ten.¹¹⁹³ De verdachte werd vervolgd omdat hij zonder vergunning dit kansspel zou hebben laten spelen. Hij verweerde zich met de stelling dat geen sprake was van een kansspel, maar van een behendigheidsspel. In hoger beroep stelde hij dat de verklaringen van twee verbalisanten en een croupier, die hadden verklaard dat het hier om een kansspel ging, onbetrouwbaar waren. Ter ondersteuning van die stelling werd een deskundigenrapport overgelegd¹¹⁹⁴, waarvan de conclusie luidde dat het toch echt een behendigheidsspel was. Het hof verwierp het verweer zonder een woord aan dit rapport te wijden en gebruikte de verklaringen van de verbalisanten en de croupier voor het bewijs.

De Hoge Raad oordeelde dat zich ook hier een bijzonder geval voordeed, dat een uitzondering vormde op de hoofdregel dat de bewijsbeslissing geen motivering behoeft. Het hof had het verweer, dat onmiskenbaar strekte tot betwisting van de betrouwbaarheid van genoemde verklaringen, niet mogen verwerpen zonder ervan blijk te hebben gegeven dit rapport in zijn oordeel te hebben betrokken.

Het orthopedische schoenmakerarrest

In het orthopedische schoenmaker-arrest¹¹⁹⁵ richtte het middel zich tegen de kwalificatie als deskundige van een orthopedisch schoenmaker. In deze zaak, waarin het ging om een dubbele doodslag¹¹⁹⁶, had deze schoenmaker verklaard dat de aangetroffen schoensporen wel moesten zijn gezet met de schoenen van de verdachte. Namens de verdachte was het verweer gevoerd dat de schoenmaker de deskundigheid miste om een dergelijke uitspraak te kunnen doen. Het hof verwierp dat verweer met het argument dat zijn verklaringen in samenhang met de verklaringen van een andere getuige-deskundige voldoende betrouwbaar waren gebleken. In cassatie werd geklaagd dat deze verwerping ‘van een onbegrijpelijke schraalheid’ was.¹¹⁹⁷

De Hoge Raad was het – anders dan de advocaat-generaal Keijzer – daarmee eens. Hij overwoog dat het oordeel dat de getuige-deskundige met de nodige deskundigheid zijn expertise had gegeven, gezien het verweer ontoereikend

1192 HR 13 mei 1997, NJ 1998, 318 m.nt. Sch. De middelen werden ingediend door J.M. Sjöcrona.

1193 Over de vraag of Golden Ten een kansspel was, was ook al het nodige te doen geweest, zie bijv. HR 25 juni 1991, NJ 1991, 808. De variant die hier speelde lijkt te hebben ingehouden dat de spelers niet rechtstreeks konden kijken in de ketel waarin het balletje rondcirkelde, maar via beelden daarvan die werden vertoond op boven de ketel hangende computerschermen, vandaar waarschijnlijk de naam van het spel.

1194 Dit rapport was opgemaakt door een ingenieur.

1195 HR 27 januari 1998, NJ 1998, 404 m.nt. JR.

1196 Ook wel bekend als ‘de Helmondse carnavalsmoord’.

1197 Ook in deze zaak werden de middelen ingediend door J.M. Sjöcrona.

gemotiveerd was. Bovendien gaf hij in zijn overwegingen een aantal criteria voor de beoordeling van de deskundigheid.¹¹⁹⁸

In zijn noot wees Reijntjes erop dat de Hoge Raad tot dan toe in beginsel de beslissing of iemand als deskundige kan worden aangemerkt overliet aan de feitenrechter, maar dat hij dat oordeel wel marginaal toetste.¹¹⁹⁹ Dit was echter zijns inziens het eerste arrest waarin duidelijk een responsieplicht werd geformuleerd voor gevallen waarin de deskundigheid van de ‘deskundige’- en dus op die grond de betrouwbaarheid van diens verklaringen – gemotiveerd werd bestreden.

Het kroongetuige-arrest

In het kroongetuige-arrest¹²⁰⁰ ten slotte was de controle op de betrouwbaarheid van een ander soort bijzondere getuige aan de orde. De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat de rechter die de verklaringen van een kroongetuige voor het bewijs wil gebruiken een onderzoek dient in te stellen naar de betrouwbaarheid van die verklaringen wanneer de betrouwbaarheid daarvan wordt betwist.¹²⁰¹

9.2.3 *De bewijshoofdregel houdt stand*

In 1999 deed Spong een serieuze aanval op de hoofdregel van het bewijsmotiveringsrecht, dat de feitenrechter de selectie en waardering van het bewijsmateriaal niet hoeft te motiveren. Hij achtte dit in strijd met artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR, in het bijzonder in gevallen waarin de verdachte ontkent of het bewijsmateriaal wordt betwist.¹²⁰² Het onderliggende geval betrof een moordzaak waarin het hof, ondanks bezwaren van de verdediging, zonder nadere motivering een aantal getuigenverklaringen voor het bewijs had gebruikt.

In een uitvoerig gemotiveerd betoog wees Spong ten eerste op de uitholling van de wettelijke bewijsmotiveringsvereisten door de jurisprudentiële hoofdregel,¹²⁰³ waardoor de feitenrechter met een cliché-redengevingsformule kan volstaan. Dit gebrek aan redengeving merkte hij aan als een aantasting van de interne openbaarheid, waardoor de verdediging in haar mogelijkheden wordt belemmerd. Hij stelde dat de beperkingen die aan de cassatierechtspraak inherent zijn niet tot deze jurisprudentie noodzaken en wees erop dat de laatste jaren zowel in de

1198 Niet bleek dat hof had onderzocht of die zich mede uitstrekten tot het uitgevoerde onderzoek en zo ja, volgens welke methode de schoenmaker dit onderzoek had uitgevoerd, waarom hij deze methode betrouwbaar achtte en in hoeverre hij in staat was deze vakkundig toe te passen.

1199 Hij verwees in dit verband naar HR 18 juni 1963, NJ 1964, 94 m.nt. WP (het tweede arrest inzake dr. O, ook wel bekend als ‘de Berkelse gifarts’).

1200 HR 30 juni 1998, NJ 1998, 799 m.nt. Sch. De middelen werden ingediend door A.A. Franken en Tj.E. van der Spoel. Zie over dit arrest ook en uitvoeriger hoofdstuk 8, onder 8.4.2 Kroongetuigen.

1201 Zie hierover nader hoofdstuk 8, onder 8.4.

1202 HR 21 september 1999, NJ 2000, 380 m.nt. Kn.

1203 Onder verwijzing naar o.m. Melai wees hij erop dat in de praktijk het motiveringsvereiste van art. 359 lid 3 Sv was opgegaan in dat van art. 359 lid 1 Sv, in die zin dat de Hoge Raad genoeg neemt met aanwijzing van de bewijsmiddelen.

wetgeving als in de jurisprudentie de motiveringsplichten van de feitenrechter sterk waren uitgebreid – ook betreffend de controle op het bewijs. Hij stelde dat dit gezien kon worden als een verhoogde vorm van rechtsbescherming van de verdachte. Ten slotte wees hij op een aantal uitspraken van het EHRM waaruit zijns inziens kon volgen dat dat hof de motiveringsverplichting in de door hem bepleite zin als een van de vereisten van een ‘fair trial’ beschouwt.

De Hoge Raad zag er geen moeilijke kwestie in, want besliste in een 3-kamer dat de stelling dat de rechter rekenschap moet afleggen van de keuze van bewijsmateriaal en de betrouwbaarheid daarvan in haar algemeenheid geen steun vindt in het recht. Dat op dit uitgangspunt voor bijzondere gevallen uitzonderingen mogelijk zijn doet daar niet aan af. Evenmin nam de Hoge Raad – verwijzend naar de conclusie van advocaat-generaal Fokkens – aan dat sprake was van strijd met het EVRM.

Knigge annoteerde. Hij was het niet met Spong eens dat de jurisprudentie van het EHRM zou dwingen tot motivering van de bewijsbeslissing.¹²⁰⁴ Bezien vanuit het perspectief van de taken van de Hoge Raad is echter interessanter dat hij wees op een dilemma in verband met de cassatietaak. Hij stelde dat de moeilijkheid is dat het mede tot de taak van de Hoge Raad behoort te waken over de naleving van motiveringsplichten die niet zijn geschreven om controle in cassatie mogelijk te maken, maar om de zorgvuldigheid van de behandeling in feitelijke aanleg te bevorderen en de uitspraken begrijpelijk te maken voor de verdachte en het publiek. Hij kan die taak alleen goed vervullen als hij zich in de zaak zelf verdiept. Daarmee is, zo zei hij, het dilemma gegeven: als de Hoge Raad motivering van de selectiebeslissing gaat eisen, kan hij niet meer om de feiten heen en dreigt hij toch een derde rechter te worden.¹²⁰⁵

9.2.4 *Motiveringseis bewijsoverwegingen*

In 2003 legde de Hoge Raad in ‘voorafgaande beschouwingen’ eens precies uit welke eisen hij stelt aan de verantwoording van bewijsbeslissingen.¹²⁰⁶ Het hof had in de betreffende zaak in een bewijsoverweging zijn bewijsbeslissing nader gemotiveerd met verwijzingen naar het rapport en de verklaring van een getuigedeskundige, maar deze stukken niet opgenomen in de bewijsmiddelen. Hierover werd in cassatie geklaagd.¹²⁰⁷

¹²⁰⁴ Hij wees er bijvoorbeeld op dat de terughoudendheid van het hof op dit punt mede wordt verklaard door het feit dat verschillende landen juryrechtspraak kennen en dat het juryoordeel in het geheel niet pleegt te worden gemotiveerd. In Europese jurisprudentie leek motivering hem geen zelfstandige eis op te leveren, maar een graadmeter voor de zorgvuldigheid waarmee de feitenrechter te werk is gegaan. Opmerking verdient wat dit betreft dat het EHRM in de Belgische zaak Taxquet (EHRM 16 november 2010, appl. nr. 926/05) oordeelde dat (onder meer) het feit dat de schuldigverklaring door de jury in het geheel niet was gemotiveerd en de verdachte evenmin op een andere manier was duidelijk gemaakt op welke gronden zijn schuldigverklaring berustte, een schending van art. 6 lid 1 EVRM opleverde.

¹²⁰⁵ Knigge wees erop dat datzelfde probleem speelt bij het EHRM.

¹²⁰⁶ HR 24 juni 2003, NJ 2004, 165 m.nt. JR.

¹²⁰⁷ Indiener van de middelen was P. van Dijke.

De Hoge Raad zette uiteen dat de rechter verantwoording moet afleggen van feiten of omstandigheden die hij blijkens zijn overwegingen redengevend acht voor de bewezenverklaring, maar die niet in de bewijsmiddelen zijn opgenomen. Dat moet hij doen door deze met voldoende mate van nauwkeurigheid in zijn overweging aan te duiden en het wettige bewijsmiddel aan te geven waaraan ze zijn ontleend. De Hoge Raad voegde daar nog aan toe dat als het feiten of omstandigheden betreft die zijn vervat in processen-verbaal, verslagen van deskundigen of andere schriftelijke bescheiden, die stukken ter terechtzitting dienen te zijn voorgelezen of de korte inhoud daarvan ter zitting moet zijn medegedeeld. Opnemen in de bewijsmiddelen achtte hij echter niet noodzakelijk en de klacht werd dan ook in zoverre ongegrond verklaard. Voor het overige was de klacht ‘vergeefs voorgesteld’, omdat de Hoge Raad het arrest verbeterd las, na zelf te hebben weergegeven op welke bewijsmiddelen de nadere motivering van het hof steunde.

Reijntjes vond het ten eerste opmerkelijk (en onhandig) dat de Hoge Raad verschillende gradaties van motivering eist voor verschillende soorten overwegingen. Voorts zag hij als praktisch belang van het arrest vooral dat de Hoge Raad een dam opwierp tegen ‘wie eigenlijk helemaal niet meer wil motiveren’.¹²⁰⁸

Opgemerkt moet worden dat het hier niet gaat om een nieuwe inhoudelijke motiveringseis, maar veeleer om een technische kwestie, te weten de manier waarop voor het bewijs gebruikt materiaal in vonnissen en arresten moet worden verantwoord.

9.2.5 *Het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt*

Het standaardarrest uit 2006

In 2006 werd het eerste arrest gewezen over het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt. Het werd meteen een standaardarrest over de reikwijdte van de responsieplicht uit hoofde van het nieuwe tweede lid van artikel 359 Sv.¹²⁰⁹

De Hoge Raad wijdde aan de hand van de wetsgeschiedenis en de tekst van de nieuwe bepaling uitvoerige voorafgaande beschouwingen aan de reikwijdte van het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt. Zijn conclusie luidde dat met de wetswijziging niet alleen werd beoogd bestaande jurisprudentie te codificeren en standpunten van het openbaar ministerie min of meer gelijk te stellen met responsieplichtige verweren van de verdediging, maar ook om procesdeelnemers en de maatschappij meer inzicht in de motivering van strafvonnissen te verschaffen en betere zelfcontrole en controle door hogere rechters mogelijk te maken.

1208 Hij signaleerde in zijn noot een verontrustende en toenemende praktijk waarbij voor de motivering werd volstaan met een verwijzing naar relevante passages in het strafdossier.

1209 HR 11 april 2006, NJ 2006, 393 m.nt. YB. De nieuwe bepaling was inwerking getreden op 1 januari 2005 en had, mede door de wat wonderlijke wetsgeschiedenis, onduidelijkheid in de praktijk veroorzaakt.

Vervolgens constateerde hij dat wet noch wetsgeschiedenis een aanknopingspunt boden om vast te stellen wat precies met een ‘uitdrukkelijk onderbouwd standpunt’ werd bedoeld. De Hoge Raad keek daarom maar naar de woorden zelf en besloot daaraan de eisen te stellen die hij ook al aan verweren in de zin van artikel 359a Sv had gesteld.¹²¹⁰

Ten slotte kondigde hij aan dat de rechter in voorkomende gevallen, hoewel hij vrij bleef in de selectie en waardering van het bewijs, zijn beslissing ten aanzien van het bewijs en de strafmaat nader zou dienen te motiveren. Welke die gevallen zouden zijn stelde hij afhankelijk van de aard van het onderwerp en de inhoud en indringendheid van de aangevoerde argumenten.

Bij de toepassing van de aldus geformuleerde uitgangspunten op de middelen¹²¹¹ in het geval dat in dit arrest aan de orde was, te weten dat van een vader en een zoon die samen in de hennep zaten en onder meer waren veroordeeld omdat zij met elkaar een criminele organisatie vormden¹²¹², oordeelde de Hoge Raad echter – anders dan de advocaat-generaal Knigge, die meende dat de Hoge Raad de motivering zelf moest aanvullen¹²¹³ – dat de verwerping van het terzake in hoger beroep gevoerde verweer in dit geval geen nadere motivering behoeft, kennelijk omdat dit verweer was gebaseerd op een naar zijn oordeel onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip ‘criminele organisatie’.

Buruma, die het arrest annoteerde, vond het onbegrijpelijk dat het hof op deze toch serieuze dakdekkerskwestie niet nader hoefde in te gaan en verzuchtte dat het toch niet de bedoeling kon zijn dat de nieuwe regeling tot minder in plaats van meer motivering zou gaan leiden. Maar dat gebeurde niet.

Toetsbaarheid van de selectie en waardering van het bewijs

Later dat jaar, nadat de arresten over het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt elkaar in rap tempo hadden opgevolgd, bleek dat de Hoge Raad toch wel degelijk een belangrijke rol aan deze nieuwe motiveringsverplichting gaf.

In zijn noot bij het arrest van 16 september 2006¹²¹⁴ beschreef Schalken de jurisprudentie tot dan toe en concludeerde dat deze ertoe bleek te hebben geleid dat voor het eerst de selectie en waardering van het bewijs soms toetsbaar waren geworden. Uit het besproken arrest bleek dat ook: de raadsman van de verdachte had gemotiveerd betoogd dat en waarom het onwaarschijnlijk was dat zijn cliënt bij de

1210 Zie het standaardarrest over 359a Sv, HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376, dat werd besproken in hoofdstuk 7, onder 7.2.7. De eis aan de verdediging luidde met name dat uitdrukkelijk onderbouwde standpunten schriftelijk worden vastgelegd en worden onderbouwd.

1211 Ingediend door G.P. Hamer en B.P. de Boer.

1212 Zie voor een bespreking van dit arrest ook hoofdstuk 10 onder 10.3.1.

1213 Ook Knigge ging in zijn conclusie, op de hem kenmerkende grondige manier, uitvoerig in op de merites van het nieuwe fenomeen.

1214 HR 12 september 2006, NJ 2007, 121 m.nt. Sch. De middelen werden ingediend door D. Moszkowicz.

hem verweten ramkraak aanwezig was geweest. Het hof liet dit verweer onbesproken en veroordeelde de verdachte.¹²¹⁵

De Hoge Raad oordeelde dat het verweer een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt in de zin van artikel 359 tweede lid Sv was waarop het hof had moeten responderen. Hij vernietigde dan ook het arrest op die grond.¹²¹⁶

9.2.6 *Nogmaals betrouwbaarheidsverweren*

In 2007 werd de Hoge Raad weer eens (en tot twee maal toe) de vraag voorgelegd of een motiveringsplicht bestaat als verweer is gevoerd omtrent de betrouwbaarheid van een niet goed uitgevoerde fotoconfrontatie. Op 19 juni en op 4 september van dat jaar deed hij daarover uitspraak.¹²¹⁷ Dit maal liep het anders dan in het hiervoor besproken arrest uit 1989¹²¹⁸, toen een dergelijke klacht werd afgedaan met een standaardmotivering over de vrijheid van de feitenrechter bij de selectie en waardering van het bewijsmateriaal en dan in de jaren daarna, toen de verdediging op dit punt in vele zaken bot ving.¹²¹⁹

In de onderhavige gevallen – beide Antilliaanse zaken – had de verdediging aangevoerd dat de uitslag van de confrontatie onbetrouwbaar was, omdat de selectieprocedure suggestief was geweest.

In de eerste zaak viel de verdachte in de fotoselectie op doordat bij hem als enige een gouden tand zichtbaar was.¹²²⁰ Het hof reageerde daarop met de overweging dat de eis foto's aan de selectie toe te voegen waarop de tanden van de afgebeelde personen eveneens zichtbaar zijn in redelijkheid niet kan worden gesteld, gelet op het feit dat dergelijke foto's nauwelijks beschikbaar zijn.

1215 Het belangrijkste bewijs tegen de verdachte was zijn aanwezigheid in een auto waarin de buit van de ramkraak werd aangetroffen en het feit dat zijn geur werd aangetroffen op een hamer die bij de ramkraak zou zijn gebruikt.

1216 Een klacht over het niet responderen op een verweer waarin de betrouwbaarheid van een geuridentificatie was aangevochten werd verworpen. Dit verweer steunde deels op de gestelde onbetrouwbaarheid van de geurproef in algemene zin en deels op de wijze waarop die proef was uitgevoerd in het bijzonder. De argumenten die daartoe werden aangevoerd leken niet erg sterk. Die luiden dat de proef pas een maand na het feit werd uitgevoerd en dat de hond net een maand gecertificeerd was. De geurproef was echter toen al omstreden en raakte kort na dit arrest zo ernstig in diskrediet dat deze in de praktijk niet meer wordt gebruikt, zo blijkt uit een brief van het College van Procureurs-Generaal aan prof. J.E.R. Frijters van 6 april 2011. Deze brief is gepubliceerd op de website van de Nederlandse Orde van Advocaten, www.advocatenorde.nl. De Hoge Raad overwoog dat nu de raadsman had betoogd dat de uitkomst van die proef wel als bewijs kon dienen, zij het slechts als ondersteunend bewijs, het hof dit verweer niet als uitdrukkelijk onderbouwd standpunt hoefde op te vatten. De kennelijk te wankelende conclusie van het verweer werd de verdediging hier dus fataal.

1217 HR 19 juni 2007, NJ 2008, 179 m.nt. YB en HR 4 september 2007, NJ 2007, 471.

1218 HR 14 maart 1989, NJ 1989, 747 m.nt. 'tH. Zie hiervoor onder 9.2.2 (het keuzeconfrontatie-arrest).

1219 Zie hierover de conclusie van de advocaat-generaal Machielse en de noot van Buruma bij het eerste arrest.

1220 Uit een van de in het arrest opgenomen bewijsmiddelen blijkt dat de aangever had verklaard dat zijn berover gouden tanden had en uit het proces-verbaal van de fotoconfrontatie lijkt dit ook een rol te spelen bij de herkenning.

In cassatie werd met succes geklaagd over deze verwerping van het verweer.¹²²¹ De Hoge Raad oordeelde dat het hof met zijn overweging geen antwoord had gegeven op de in het verweer aan de orde gestelde vraag of het resultaat van een fotoconfrontatie wel betrouwbaar en dus bruikbaar voor het bewijs is als niet een voldoende objectieve keuzemogelijkheid wordt geboden. Hij achtte de motivering daarom ontoereikend en vernietigde.

De conclusie van advocaat-generaal Machielse bevatte een uitvoerig overzicht van de jurisprudentie van de Hoge Raad tot dan toe, waaruit naar voren kwam dat de Hoge Raad de feitenrechter zeer veel ruimte had gegeven om de resultaten van confrontaties te gebruiken, ook als de keuzeprocedure ernstige gebreken leek te vertonen. Hij constateerde echter ook dat het verweer in deze zaak niet kon worden gepareerd met de reactie daarop door het hof en ook hij achtte de motivering derhalve onbegrijpelijk.

Buruma stelde dat de Hoge Raad, gelet op zijn eerdere jurisprudentie, deze zaak wel had kunnen 'redden', maar dat kennelijk niet wilde.

In de tweede zaak had de verdediging in hoger beroep onder meer gemotiveerd gesteld dat de politie een getuige na zijn deelname aan een fotoconfrontatie had benaderd met de mededeling dat hij de verkeerde had aangewezen, waarna bij de tweede confrontatie een foto van de verdachte was gevoegd onder hetzelfde nummer als van de foto die de getuige in eerste instantie had aangewezen.¹²²² Het hof had wel gemotiveerd waarom het de resultaten van de fotoconfrontatie betrouwbaar achtte, maar was op dat onderdeel van het verweer niet ingegaan.

De Hoge Raad vond daarom ook deze verwerping ontoereikend gemotiveerd en vernietigde.¹²²³

De advocaat-generaal Machielse, die ook in deze zaak concludeerde, las het verweer en de verwerping daarvan kennelijk iets anders en concludeerde tot ongegrondverklaring van het beroep.¹²²⁴

Buruma merkte op dat de Hoge Raad in zijn motiveringsjurisprudentie strenger leek te worden en ontwaarde drie lijnen: ten eerste dat de feitenrechter serieuze verweren niet al te snel met het aanhalen van een algemene formule moet weerleggen; ten tweede dat het geven van een praktische verklaring voor een onregelmatigheid niet afdoende is om te gelden als een juridische weerlegging van een onbetrouwbaarheidsverweer en ten derde dat het feit dat de in het verweer aangevochten onregelmatigheden niet berusten op de schending van een geschreven regel niet aan de motiveringsplicht afdoet, evenmin als het feit dat soortgelijke verweren eerder weinig kansrijk waren.

1221 De middelen in deze zaak werden ingediend door G. Spong.

1222 Die foto was overigens van de broer van de verdachte, zo valt uit het arrest op te maken.

1223 De middelen in deze zaak werden ingediend door J.J.A.P. van Breukelen en A.M. Seebregts.

1224 Het hof had het verweer kennelijk aldus begrepen dat daarin werd gesteld dat dezelfde set foto's was getoond, waarin alleen de foto van verdachtes broer was vervangen door die van de verdachte. Het hof had echter vastgesteld dat tijdens de tweede confrontatie andere foto's waren getoond. Machielse achtte dat voldoende. De Hoge Raad zag het aangekaarte probleem kennelijk meer als inhoudend dat de foto van de verdachte net als de eerdere foto van zijn broer als vijfde in de selectie was opgenomen.

9.2.7 *Verwarring rond de 'unus testis, nullus testis' regel*

In 2006 verscheen een arrest dat een voorbode zou blijken te zijn van rechtsvormende jurisprudentie van de Hoge Raad over steunbewijs.¹²²⁵ Eigenlijk gaat het dus niet zozeer om een motiveringseis, maar om de bewijsminima. Vanwege het sterke verband met de bewijsmotivering mag deze jurisprudentie hier echter niet onbesproken blijven.

De vaste jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent deze bewijsregel luidt dat niet is vereist dat de tweede bewijsgrond de betrokkenheid van de verdachte bij het strafbare feit bevestigt. Die regel leidde ertoe dat, zeker in zaken waarin het bewijs bijna per definitie mager is, zoals in zedenzaken, genoeg werd genomen met bewijsconstructies waarin sprake was van bijzonder weinig steunbewijs. Daarin leek vanaf 2006 verandering te komen.

Een voorbode van verandering

De verdachte in de betreffende zaak werd door het hof veroordeeld voor ontucht met zijn minderjarige stiefdochter. In cassatie werd geklaagd over het feit dat het hof hiervoor onder meer de verklaring van de moeder had gebruikt, die inhield dat zij haar dochter 'nu wel geloofde', en de verklaring van de moeder van een vriendinnetje die luidde dat zij niet het gevoel had dat het verhaal van aangeefster verzonnen was en dat haar uit het verhaal en het gedrag van aangeefster duidelijk werd dat zij slachtoffer was van seksueel misbruik.

De Hoge Raad was het met de opsteller van de middelen eens dat eerstgenoemde verklaring een conclusie inhield en derhalve niet als bewijsmiddel bruikbaar was.¹²²⁶ Tegen het advies van de advocaat-generaal Vellinga in, die weliswaar vond dat beide gewraakte onderdelen van de verklaringen niet bruikbaar waren voor het bewijs, maar dat het overige bewijs voldoende was om de veroordeling te dragen, vernietigde hij het arrest.

Reijntjes dacht dat de Hoge Raad het overgebleven bewijs waarschijnlijk zo mager vond, dat hij een nieuwe beoordeling door de feitenrechter geboden achtte. Inderdaad waren de twee aangevochten bewijsmiddelen onderdeel van een uitvoeriger bewijsvoering, maar die bestond voor het overige vrijwel uitsluitend uit de verklaringen van de aangeefster en een de auditu-verklaring van haar vriendinnetje. Hoewel het op zichzelf niet vreemd is dat de Hoge Raad een uitspraak

¹²²⁵ HR 28 maart 2006, NJ 2007, 526 m.nt. JR. Indiener van de middelen was Spong.

¹²²⁶ De verklaring van de moeder van het vriendinnetje begreep hij overigens als inhoudend dat aan de getuige door het gedrag en het verhaal van aangeefster duidelijk was geworden dat aangeefster de waarheid had gesproken. Dat achtte de Hoge Raad wel een mededeling van wat zij zelf had waargenomen en ondervonden en dus wel bruikbaar.

vernietigt als hij (een deel van) de bewijsvoering onder de maat vindt¹²²⁷, bleek later dat hij ook strenger werd in andere zaken waarin sprake was van mager bewijs.

Het 'verkrachting in ziekenhuis'-arrest van juni 2009

De Hoge Raad wees in juni 2009 twee arresten met dezelfde strekking over de betrouwbaarheid van het bewijs in relatie tot de 'unus testis, nullus testis'-regel.¹²²⁸

De verdachte in de de hier besproken zaak was veroordeeld wegens verkrachting van zijn toenmalige echtgenote. Deze verkrachting zou plaatsgevonden hebben in het ziekenhuis, ergens in de periode kort nadat zij was bevallen. De verdachte ontkende dat en bestreed de betrouwbaarheid van de verklaring van de aangeefster. Zonder resultaat: het hof veroordeelde hem. De bewezenverklaring steunde naast de aangifte nog op de verklaring van het medewerkster van het ziekenhuis omtrent de kamer waar aangeefster had gelegen en de verklaring van de verdachte dat hij 'wel een dwangmatige behoefte aan seks had' en dat het best zo kon zijn dat 'als hij eenmaal bezig was' hij 'geen signalen meer oppikte'. Voorts overwoog het hof dat de verdachte wisselende verklaringen had afgelegd, met name over de ziekenhuiskamer. Op het door de verdachte gevoerde verweer ging het hof niet in.

De verdachte ging in cassatie. In het middel werd gesteld dat de bewezenverklaring niet uit de bewijsmiddelen kon volgen.¹²²⁹

De advocaat-generaal Knigge gaf de voorzet. Hij zette zijn conclusie in de sleutel van de afweging van het belang van het toepassen van artikel 342 Sv (de 'unus testis, nullus testis'-bepaling) als waarborg tegen gerechtelijke dwalingen enerzijds, en de bescherming van de belangen van slachtoffers van in het algemeen moeilijk bewijsbare feiten anderzijds. Hij stelde dat artikel 342 Sv zijn karakter van waarborg grotendeels had verloren door de uitleg die de Hoge Raad daaraan, ter wille van de bescherming van slachtoffers van delicten als verkrachting, in vaste jurisprudentie gaf.¹²³⁰ Hij meende dat, in gevallen waarin de verklaring van de aangeefster praktisch gezien het enige bewijsmiddel is, daar tegenover zou moeten staan dat de rechter aan de hand van objectieve gegevens moet kunnen motiveren waarom hij het toch verantwoord acht die verklaring voor het bewijs te gebruiken. Hij vond in dit concrete geval dat de verklaringen die het hof als steunbewijs voor de aangifte had gebruikt, die naam eigenlijk niet mochten dragen¹²³¹ en merkte het in

1227 De Hoge Raad beschouwt het nemen van de bewijsbeslissing als het terrein van de feitenrechter en waagt zich in beginsel niet aan een weging van het belang van ieder afzonderlijk bewijsmiddel voor de bewezen-verklaring. Hij laat het daarom aan de feitenrechter deze beslissing opnieuw te nemen wanneer hij een deel van de bewijsvoering ontoelaatbaar acht.

1228 HR 30 juni 2009, NJ 2009 495 en NJ 2009, 496 m.nt. Borgers. Nu de beslissingen van de Hoge Raad in beide zaken dezelfde strekking hadden, wordt volstaan met bespreking van alleen de geannoteerde zaak.

1229 De middelen werden ingediend door A.W. Syrier.

1230 Welke inhoudt dat het steunbewijs geen betrekking hoeft te hebben op de kern van de tenlastelegging.

1231 Hij stelde daartoe dat de verklaring van de verdachte in het geheel niet zou mogen bijdragen aan het bewijs (zeker niet nu die verklaringen geen betrekking hadden op aangeefster) en dat de verklaring van de ziekenhuismedewerkster van gering belang was.

hoger beroep gevoerde verweer aan als een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, waarop het hof had moeten reageren.

De Hoge Raad ging echter – verrassend – korter door de bocht, door te oordelen dat de overige bewijsmiddelen onvoldoende steun gaven aan de als bewijsmiddel gebruikte verklaring van aangeefster en dat de bewezenverklaring daarom onvoldoende met redenen was omkleed. Hij volgde aldus in wezen de weg die zijn advocaat-generaal had gewezen, waar deze die weg zelf kennelijk als onbegaanbaar (want in strijd met vaste jurisprudentie) beschouwde.

Borgers wees erop dat de Hoge Raad aldus een koerswijziging leek te hebben ingezet, nu hij in dit en het andere arrest van dezelfde datum geheel andere bewoordingen gebruikte dan in zijn vaste jurisprudentie en bovendien een ondersteuning van de verklaring van aangeefster leek te eisen, in plaats van een tweede bewijsgrond voor een willekeurig bestanddeel van de tenlastelegging. Omdat het arrest echter weinig klaroengeschal in de vorm van verwijzingen naar eerdere jurisprudentie en blijken van uitdrukkelijk ‘om gaan’ bevatte, was hij echter vooralsnog voorzichtig ten aanzien van de grootte van die koerswijziging.

Het ‘asielzoekerscentrum’-arrest – een nieuwe maatstaf

In januari 2010 leek het dat daadwerkelijk van een koerswijziging sprake was.¹²³² De voorliggende zaak betrof een bedreiging op een asielzoekerscentrum. Het hof had de verdachte terzake veroordeeld en als bewijsmiddelen gehanteerd de aangifte, de constatering door de politie dat de aangever hevig geëmotioneerd was en het feit dat bij de aanhouding van de verdachte in diens kleding een mes werd aangetroffen.

Advocaat-generaal Aben ging in zijn conclusie in op het ook zijns inziens nieuwe criterium. Hij wees erop dat, ondanks de beperkingen van de Hoge Raad waar het gaat om de selectie en waardering van het bewijs, de scheidslijn tussen de taken van de feiten- en de cassatierechter minder scherp was geworden nu de Hoge Raad ook de beoordeling van de (voldoende) mate van ondersteuning die het tweede bewijsmiddel aan het eerste moet bieden bij zijn taakuitoefening was gaan betrekken. Hij meende dat de bewijsconstructie in de onderhavige zaak de verscherpte toets net kon doorstaan, maar betrok daarbij wel feiten die hij in het dossier aantrof en die niet alle in de bewijsmiddelen waren opgenomen.¹²³³ Hij tekende daarbij aan hij zich afvroeg of de Hoge Raad van die feiten, die ook nog eens niet het steunbewijs betroffen, kennis zou willen nemen en deze daarmee tot op zekere hoogte zou willen wegen en waarderen. Hij erkende dat zijn redenering wellicht de scheidslijn tussen de toets van de begrijpelijkheid van de bewijsconstructie en een beoordeling van de juistheid van de bewijsconstructie zou overschrijden.

¹²³² HR 26 januari 2010, NJ 2010, 512 m.nt. Borgers. De middelen werden ingediend door J.J. de Vries.

¹²³³ Zoals o.a. dat uit de verklaring van de echtgenote van de verdachte bleek dat hij de betreffende nacht dronken en doorgedraaid was, dat zijn aanhouding kort na de aangifte van bedreiging had plaatsgevonden, dat het bij hem aangetroffen mes groot was en dat hij zelf wisselend had verklaard over zijn aanwezigheid op het terrein van het asielzoekerscentrum.

De Hoge Raad zag dat waarschijnlijk inderdaad als een brug te ver en volgde zijn advocaat-generaal in ieder geval niet. Wel ging hij, zonder dit met zoveel woorden te zeggen, voorafgaand aan de bespreking van het middel in algemene zin in op de betekenis van artikel 342, tweede lid, Sv. Hij formuleerde een maatstaf. Deze luidt dat deze bepaling de rechter verbiedt tot een bewezenverklaring te komen ingeval de door één getuige gereleveerde feiten en omstandigheden op zichzelf staan en onvoldoende steun vinden in ander bewijsmateriaal. Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat de vraag of aan het bewijsminimum van artikel 342, tweede lid, Sv is voldaan zich niet in algemene zin laat beantwoorden en dat hij daarom terzake geen duidelijkheid kan verschaffen door het geven van algemene regels, maar slechts en tot op zekere hoogte door zijn beslissingen in concrete gevallen.

Toch geen koerswijziging?

Later in 2010 bleek dat zeker niet kon worden gezegd dat de Hoge Raad daadwerkelijk strenger was geworden in zijn toetsing van steunbewijs.

In een arrest van oktober van dat jaar¹²³⁴ liet de Hoge Raad, tegen het advies van advocaat-generaal Machielse in, een veroordeling wegens potloodventen in stand, ondanks dat de (minderjarige) aangeefster de enige was die had verklaard dit te hebben gezien. Het steunbewijs bestond met name uit de verklaring van de aangever dat hij vlakbij het meisje en haar vriendinnetjes had gestaan en op zijn knieën had gezeten.¹²³⁵ De Hoge Raad overwoog kortweg dat niet kon worden gezegd dat de verklaring van aangeefster onvoldoende steun kon vinden in het overige bewijsmateriaal (zijnde zeven bewijsmiddelen) en dat was dat.

Borgers wees erop dat de nieuwe maatstaf de oude, vaste jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent de bewijsminima niet terzijde had geschoven.¹²³⁶ Hij vroeg zich af of de Hoge Raad de enkele aanwezigheid van de verdachte op de plaats van het delict als voldoende steunbewijs beschouwde. Als dat zo zou zijn, is eigenlijk alles bij het oude gebleven en was van een koerswijziging geen sprake. Zeker was hij daar echter, gezien het gebrek aan motivering, niet van. Hij concludeerde daarom dat deze zaak vooral inscherpte dat de Hoge Raad in zijn motivering duidelijker zou moeten aangeven waar de vereiste steun wordt gevonden – en aldus dieper in de casuïstiek dient te duiken.

Drie uitspraken van 6 maart 2012 maakten dat Schalken tot de conclusie kwam dat sprake is van inconsistentie met betrekking tot de toepassing van de nieuwe maatstaf inzake het steunbewijs. In alle drie deze zaken werd de bewijsmotivering van het hof voldoende geacht en werden de cassatieklachten daartegen afgewezen.

¹²³⁴ HR 5 oktober 2010, NJ 2010, 612, m.nt. Borgers. De middelen werden ingediend door I.A.C. Cools.

¹²³⁵ De meisjes waren op zoek naar de fietssleutel van de broer van aangeefster, die die sleuteltjes in een put had laten vallen. De verdachte stelde dat hij had helpen zoeken. Het steunbewijs bestond overigens uit de audituerverklaringen en de verklaring van de broer van aangeefster die de aangeefster en haar vriendinnetje bij het weglopen van de verdachte ‘vies hadden zien kijken’.

¹²³⁶ Hij vond het in zoverre wel begrijpelijk dat de Hoge Raad de advocaat-generaal niet had gevolgd, die had betoogd dat aan het bewijsminimum niet was voldaan omdat het steunbewijs geen betrekking had op ‘de juistheid van de kern van het bewezenverklaarde’.

In de eerste zaak¹²³⁷ had het hof overwogen dat artikel 342, tweede lid, Sv er niet aan in de weg staat ‘dat het daderschap van de verdachte wordt aangenomen op basis van één bewijsmiddel’ en daar nadrukkelijk aan toegevoegd: ‘Dat is wat het hof doet.’ De advocaat-generaal, Silvis, vond eigenlijk dat het hof dit niet had hoeven zeggen omdat er genoeg steunbewijs ook voor dat daderschap was, maar ontwaarde in de uitdrukkelijk ingenomen stelling een onjuiste rechtsopvatting en concludeerde daarom tot vernietiging. De Hoge Raad was het echter niet met hem eens. Hij onderschreef wat het hof had overwogen en overwoog dat het hof daarmee tot uitdrukking had gebracht dat de ‘unus testis, nullus testis-regel de tenlastelegging in haar geheel betreft en niet een onderdeel daarvan. Hij herhaalde daarnaast zijn nieuwe maatstaf ten aanzien van het steunbewijs en overwoog – zonder nadere motivering – dat het hof voldoende had uiteengezet dat en waarom ook aan het vereiste van voldoende steunbewijs was voldaan.

In de tweede zaak¹²³⁸ rustte het steunbewijs van misbruik door een opa van zijn kleindochter, behalve op de verklaring van die kleindochter, op een toevallig door haar moeder gevonden briefje waarop zij over dat misbruik had geschreven. De daarnaast door het hof gebezigde bewijsmiddelen waren de-auditu verklaringen en objectieve gegevens die niet wezen op de schuld van de verdachte. Advocaat-generaal Silvis concludeerde ook in deze zaak tot vernietiging, omdat hij de motivering van het hof onvoldoende duidelijk vond en in de dagboekantekening (het briefje) in ieder geval geen andere bron zag dan de verklaring van de aangeefster zelf. De Hoge Raad herhaalde echter zijn maatstaven en overwoog – opnieuw zonder nadere motivering – dat niet kon worden gezegd dat de verklaringen van aangeefster onvoldoende steun vonden in het overige gebezigde bewijsmateriaal.

De derde zaak tenslotte betrof de diefstal van een scooter.¹²³⁹ De verdachte was elf dagen na de diefstal door een politieman op de betreffende scooter gezien, maar er was maar een bewijsmiddel dat rechtstreeks op zijn betrokkenheid bij de diefstal duidde, te weten de verklaring van zijn medeverdachte. Advocaat-generaal Vellinga concludeerde daarom tot vernietiging. De Hoge Raad zag ook hier echter geen schending van artikel 342, tweede lid, Sv. Ditmaal motiveerde hij zijn oordeel wel nader, door specifiek te wijzen op de omstandigheid dat de scooter waarover de medeverdachte verklaarde daadwerkelijk de gestolen scooter bleek te zijn.

Al met al moet met Schalken en Borgers worden geconstateerd dat er per saldo weinig veranderd lijkt door de nieuwe jurisprudentie en dat het nog steeds zo is dat de betrokkenheid van de verdachte bij het bewezenverklaarde feit op slechts één bewijsmiddel kan worden gebaseerd.

Daarnaast is het opmerken waard dat ook deze jurisprudentie – al gaat ze strikt genomen niet over de bewijsmotivering – meebrengt dat de Hoge Raad zich tamelijk

1237 HR 6 maart 2012, NJ 2012, 250. De middelen in deze zaak waren ingediend door Spong. De drie hier besproken zaken werden gezamenlijk geannoteerd door Schalken. De zaak betrof een ontvoering en mishandeling.

1238 HR 6 maart 2012, NJ 2012, 251. De middelen waren ingediend door D. Vermunt.

1239 HR 6 maart 2012, NJ 2012, 252. De middelen waren ingediend door R.J. Baumgardt.

indringend met de feiten bezig houdt. Hij moet steeds toetsen of de bewijsmiddelen ‘niet teveel op zichzelf staan’, zonder daarvoor algemene regels te kunnen geven. Dat is een tamelijk feitelijke bezigheid en illustratief voor het hiervoor besproken ‘contextualisme’ als rechtsvindingsmethode.¹²⁴⁰

9.2.8 *De strafmotivering*

In deze paragraaf is tot hier toe geen aandacht besteed aan de motivering van de straf. Daarover was in de onderzochte periode ook niet veel te doen, maar dat wil niet zeggen dat de strafmotivering hier helemaal buiten beschouwing blijft.

Aan het begin van de periode die hier wordt bekeken gold voor wat betreft de strafmotivering onder meer het ‘verbazingscriterium’: als de straf verbazing wekt, bijvoorbeeld omdat de rechter in hoger beroep vrijsprekt van een van de in eerste aanleg bewezenverklaarde feiten, maar wel dezelfde straf oplegt, moet de rechter motiveren.¹²⁴¹ Dat criterium geldt nog steeds, maar verwacht zou kunnen worden, gelet op de veranderde motiveringscultuur, dat de Hoge Raad ook hier meer motivering was gaan eisen. Dat lijkt echter in zijn algemeenheid niet het geval.

Opmerkenswaard is een arrest van de Hoge Raad uit 2008, dat leidde tot een zeer kritische beschouwing van annotator Mevis. De uitspraak¹²⁴² betrof een zaak waarin de verdachte was veroordeeld wegens een overtreding van de Algemene Politieverordening van Amsterdam. De strafmotivering luidde: ‘Al het vorenstaande overwegend, acht het hof oplegging van de hiervoor vermelde straf passend en geboden.’ Verdere overwegingen ontbraken echter.

De advocaat-generaal Wortel was van oordeel dat, hoezeer hij ook voorstander was van summiere strafmaatmotiveringen, deze motivering onder de maat was omdat in het mondeling arrest niets was te vinden wat als het ‘vorenstaande’ kon worden beschouwd, of het moest de bewezenverklaring en/of de verwijzing naar de bewijsmiddelen zijn, maar, zo schreef hij, ‘dat wordt zelfs mij te gortig’.

De Hoge Raad overwoog echter dat het hof met de verwijzing naar ‘al het vorenstaande’ kennelijk zowel had bedoeld op het bewezen verklaarde feit, de ernst ervan en de omstandigheden waaronder dit feit was begaan, als op de persoonlijke omstandigheden van de verdachte zoals deze ter terechtzitting naar voren waren gekomen. Die persoonlijke omstandigheden vormden kennelijk de bijzondere redenen die de oplegging van een werkstraf en een voorwaardelijke vrijheidsstraf, in plaats van een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf zoals door de advocaat-generaal bij het hof was gevorderd, hadden bepaald.¹²⁴³ Aldus gezien achtte hij de strafoplegging toereikend gemotiveerd.

¹²⁴⁰ Zie hoofdstuk 5, onder 5.6.2 en 5.6.3.

¹²⁴¹ Zie bijvoorbeeld HR 17 november 1981, NJ 1982, 162 (waarin de Hoge Raad overigens nu juist geen probleem in het achterwege blijven van een motivering in een dergelijke situatie zag, waarschijnlijk omdat het feit waarvan was vrijgesproken van ondergeschikt belang was) en HR 6 juni 1989, NJ 1990, 30, m.nt. Van Veen.

¹²⁴² HR 5 februari 2008, NJ 2008, 396 m.nt. Mevis.

¹²⁴³ Het cassatieberoep was overigens niet door de advocaat-generaal, maar door de verdachte ingesteld. De middelen waren ingediend door J. Kuijper.

Mevis had er geen goed woord voor over. Hij annoteerde dit arrest samen met een arrest waarin de Hoge Raad in het geheel ontbreken van enige strafmotivering geen aanleiding zag voor ambtshalve cassatie¹²⁴⁴ en wees op de rechtspolitieke aard van deze arresten, die beide door vijf raadsheren waren gewezen. Hij vond het onterecht dat de Hoge Raad hier niet corrigerend optrad en stelde dat een rechtssysteem dat van de rechter geen verantwoording meer vraagt, op de verkeerde weg is.

Wanneer in hoger beroep een strafmaatverweer is gevoerd dat als uitdrukkelijk onderbouwd standpunt kan worden aangemerkt, toetst de Hoge Raad uiteraard wel aan de hand van de daarop toepasselijke maatstaf.¹²⁴⁵

Dat een uitvoerige strafmotivering daarentegen het risico van fouten en dus op vernietiging in zich bergt, blijkt uit een arrest van 9 februari 2010.¹²⁴⁶ In de betreffende zaak werd de verdachte veroordeeld wegens uitvoer van hashish. Ter motivering van de straf legde het hof onder meer uit dat het aansluiting had gezocht bij de oriëntatiepunten, maar dat die voor het onderhavige feit niet bestonden. Het hof had daarom acht geslagen op de oriëntatiepunten voor hennepkwekerijen en ongemotiveerd aangenomen dat 2 kilo hash gelijk kan worden gesteld met de gemiddelde opbrengst van ongeveer 100 hennepplanten. Over dit onderdeel van de motivering werd in het middel met succes geklaagd. De Hoge Raad achtte dit oordeel zonder nadere motivering inderdaad onbegrijpelijk.

Een rechter zou hieruit kunnen concluderen dat hij het beste zo kort mogelijk kan motiveren, omdat dat de minste kans op fouten betekent. Dat zou niet de bedoeling moeten zijn, althans niet wanneer de explicatiefunctie van de motivering serieus wordt genomen

9.2.9 *Promis*

Tot slot van deze paragraaf nog een kwestie van meer technische aard. In mei 2007 wees de Hoge Raad de zogenoemde Promis-arresten.¹²⁴⁷ Hieruit bleek dat hij de nieuwe wijze van motiveren van het bewijs, die vanuit de lagere rechtspraak was ontwikkeld teneinde vonnissen voor de betrokkenen en het publiek toegankelijker te maken, in de kern ondersteunde.

Hij overwoog dat de nieuwe werkwijze, waarbij in het vonnis een bewijsredenering is opgenomen waarin wordt aangegeven op welke bewijsmiddelen, of onderdelen daarvan, die redenering is gebaseerd, de inzichtelijkheid van de

¹²⁴⁴ HR 27 mei 2007, NJ 2008, 395.

¹²⁴⁵ Zie bijvoorbeeld HR 12 september 2006, JOL 2006, 513.

¹²⁴⁶ HR 9 februari 2010, LJN: BJ6948.

¹²⁴⁷ HR 15 mei 2007, NJ 2007, 387 en 388 m.nt. Buruma.

gedachtegang van de rechter ten goede kan komen, terwijl daardoor aan de controleerbaarheid daarvan niet wordt afgedaan. Wel stelde de Hoge Raad als voorwaarde dat

‘de verwijzing naar de wettige bewijsmiddelen waaraan de redengevende feiten en omstandigheden zijn ontleend, zo nauwkeurig is dat kan worden beoordeeld of de bewezenverklaring in toereikende mate steunt op de inhoud van wettige bewijsmiddelen en of de samenvatting geen ongeoorloofde conclusies of niet redengevende onderdelen inhoudt dan wel of het bewijsmiddel niet is gedenatureerd.’

De Hoge Raad voegde hieraan toe dat ook moet worden opgelet dat alle onderdelen van de bewezenverklaring door de bewijsredenering worden gedekt. Hij merkte op dat dat in de betreffende zaak fout was gegaan doordat het bewezen verklaarde letsel niet door enig bewijsmiddel was onderbouwd. Maar omdat daarover niet was geklaagd, verbond de Hoge Raad daar geen gevolg aan.

Deze laatste constatering leidt als vanzelf naar de volgende paragraaf.

9.3 Eisen aan de verdediging (en het openbaar ministerie)

Zoals in de inleiding al werd gesteld wendde de Hoge Raad, waar het ging om het verschaffen van helderheid, zijn blik niet alleen op de rechter, maar ook op de procespartijen en dan voornamelijk de verdediging.

Geen responsieplicht met betrekking tot in hoger beroep niet herhaalde verweren

De eerste knoop die de Hoge Raad in de onderzochte periode wat dit betreft doorhakte, betrof de responsieplicht met betrekking tot in hoger beroep niet herhaalde verweren in verstekzaken.

In 1990 deed hij uitspraak over een kantonzaak, waarin de verdachte werd beschuldigd van schending van de Leerplichtwet omdat hij zijn dochters had weggehouden van de gymnastieklessen.¹²⁴⁸ Hij oordeelde dat als de verdachte – zoals in casu – in eerste aanleg verweer voert¹²⁴⁹, maar in hoger beroep verstek laat gaan, de rechtbank (toen nog de hoger beroepsinstantie) voorbij mag gaan aan een in eerste aanleg gevoerd verweer.

De stukken van het geding behelsden niets wat de rechtbank aanleiding had moeten geven ermee rekening te houden dat de verdachte geen kennis droeg van de inhoud van de appeldagvaarding, noch ook iets wat de rechtbank aanleiding had moeten geven te veronderstellen dat de verdachte enig ter terechtzitting van de kantonrechter gevoerd verweer zou wensen te handhaven.¹²⁵⁰ Daarom hoefde zij niet te responderen.

¹²⁴⁸ HR 26 juni 1990, NJ 1991, 202, m.nt. C. De middelen werden ingediend door M.R. Mantz.

¹²⁴⁹ Het gevoerde verweer hield in dat de islam geen gemengde gymnastiekles toelaat.

¹²⁵⁰ Het had waarschijnlijk toen anders gelegen als bijv. in een appelschriftuur was duidelijk gemaakt dat het verweer werd gehandhaafd of herhaald.

Corstens stelde dat met dit arrest duidelijk was geworden dat wie in appel verstek laat gaan een kans verspeelt.¹²⁵¹ Hij vond het ook een redelijke eis dat wie in hoger beroep gaat, zijn bezwaren aan de hoger beroepsinstantie kenbaar moet maken. Hij vroeg zich echter wel af of die eis ook redelijk was ten aanzien van verdachten die de Nederlandse taal niet beheersen en geen vertaling van de dagvaarding hebben ontvangen.

Geen responsieplicht met betrekking tot niet door de raadsman gevoerde verweren

In 1991 ging alweer een Leerplichtwetzaak om een verdachte die ter zitting in hoger beroep verklaarde dat hij met zijn vrouw naar Turkije moest en dat zijn zoon wel meemoest omdat 'het niet anders kon'.¹²⁵²

In cassatie werd geklaagd dat de rechtbank niet had gerespondeerd op een beroep op overmacht. Advocaat-generaal R Emmelink meende dat dat ook niet hoefde, omdat het verweer, gelet op de wisselende verklaringen die de verdachte had afgelegd, niet als een serieus verweer hoefde te worden opgevat.

De Hoge Raad deed het echter iets anders. Hij achtte de klacht ongegrond omdat de rechtbank het verweer kennelijk niet als overmachtverweer had opgevat en dat ook niet hoefde, omdat de raadsman van de verdachte die de verdachte ter zitting in hoger beroep had bijgestaan en daar twee (andere) verweren had gevoerd geen beroep op overmacht had gedaan.

De zelfstandige rol van de verdachte kwam met deze uitspraak, voorzover het gaat om de juridische kant van de zaak, tot een einde. De verdachte werd afhankelijk gemaakt van zijn raadsman: als die hetgeen de verdachte in zijn zaak naar voren brengt niet in een verweer vertaalt, hoeft de rechter er niet op in te gaan.¹²⁵³

Wie zwijgt stemt toe

In 1993 ging een arrest over het al dan niet 'afstand doen' van twee aangeefsters van incest na hun verhoor ter terechtzitting.¹²⁵⁴ De beide zusjes waren achter gesloten deuren en via een telecommunicatieverbinding vanuit een afzonderlijke verhoorruiimte gehoord. Na afloop van hun verhoren waren zij niet meer in de gehoorzaal verschenen en zonder (expliciete) toestemming vertrokken. Hun was niet meegedeeld dat zij op een nadere zitting weer aanwezig moesten zijn. Dit punt

¹²⁵¹ Hoewel het ook in die tijd al vaste jurisprudentie was dat in hoger beroep niet hoeft te worden ingegaan op verweren die in eerste aanleg zijn gevoerd, maar die tijdens een contradictoire behandeling in hoger beroep niet zijn herhaald, was het nog niet duidelijk hoe de Hoge Raad hier tegenover stond in geval van verstek. Bepleit werd wel dat op grond van het voorschrift van art. 422 lid 1 Sv, waaruit volgt dat in appel mede n.a.v. het onderzoek in eerste aanleg moet worden beraadslaagd, in beginsel ook op daar gevoerde verweren dient te worden gerespondeerd. Zie zowel de conclusie van de AG Fokkens als de noot van Corstens.

¹²⁵² HR 4 juni 1991, NJ 1991, 809. De middelen werden ingediend door W.P. den Hertog.

¹²⁵³ De AG R Emmelink ging er wel van uit dat van een overmachtverweer sprake was, maar vond dat de rechtbank daaraan voorbij mocht gaan, omdat de verdachte eerder een heel ander standpunt had ingenomen en het verweer dus niet als serieus kon worden beschouwd.

¹²⁵⁴ HR 22 juni 1993, NJ 1994, 498 m.nt. C.

kwam gedurende de rest van de zitting van die dag niet meer aan de orde. Op de nadere zitting bleek echter dat de verdediging hen, naar aanleiding van nadien door andere getuigen afgelegde verklaringen, nogmaals wilde horen. Toen werd ook bezwaar gemaakt tegen de gang van zaken na de beëindiging van het verhoor. Het hof wees dat bezwaar en het verzoek af, omdat naar zijn oordeel met de zeer emotioneel verlopen verhoren¹²⁵⁵ ‘de grens was bereikt’ van wat in het belang van de verdediging van deze getuigen kon worden geleverd.¹²⁵⁶ In cassatie werd onder meer geklaagd over het achterwege blijven van de aanzegging aan de getuigen, terwijl de verdediging geen afstand van hen had gedaan.¹²⁵⁷

De Hoge Raad overwoog echter dat de verdediging, gezien het feit dat zij zich destijds niet tegen de gang van zaken had verzet, geacht moest worden zich hiermee te hebben verenigd. Reeds daarom kon het hof ervan afzien de getuige opnieuw op te roepen.¹²⁵⁸

Corstens merkte in zijn noot op dat de Hoge Raad niet voor het eerst eiste dat de raadsman oplettend en actief moet zijn, ‘zoals ook het EVRM dat doet’.

Strafbaarheidsverweren: stelplicht voor verdediging en onderzoeksplicht voor rechter

Een uitspraak uit 1997 betrof een verdachte die werd vervolgd in verband met (onder meer) het opzettelijk aanwezig hebben van een partij heroïne.¹²⁵⁹ Ter terechtzitting in hoger beroep deed hij een beroep op psychische overmacht.¹²⁶⁰ Het hof verwierp dit verweer door te overwegen dat de daaraan ten grondslag liggende beweringen onvoldoende waren gesubstantieerd en niet waren gestaafd. Het hof achtte ze daarom niet aannemelijk geworden. De verdachte kwam van onder meer deze beslissing in cassatie.¹²⁶¹

De Hoge Raad gaf hem gelijk en overwoog dat de rechter de feitelijke grondslag van een dergelijk verweer moet onderzoeken en de last tot het aannemelijk maken daarvan niet uitsluitend op de verdachte mag leggen. Hij achtte daarom de verwerping van het verweer ontoereikend gemotiveerd.

In hetzelfde jaar werd cassatie ingesteld tegen een arrest waarin het hof niet had beslist op een beroep op dwaling.

De Hoge Raad constateerde echter dat de pleitnotities waarnaar in het proces-verbaal van de terechtzitting was verwezen, dusdanig in telegramstijl waren

¹²⁵⁵ Het hof overwoog nader dat de getuige Carolina een aantal malen was vervallen in huilbuien en dat de getuige Katinka aan het eind van het verhoor niet meer in staat was geweest nog een woord uit te brengen en met hulp van haar advocaat en een maatschappelijk werkster uit de zaal moest worden weggeleid. Het hof zag dit als het kennelijk gevolg van de confrontatie met en de herinnering aan, in de jeugd ondergaan leed.

¹²⁵⁶ Ook het verzoek tot een nader verhoor werd afgewezen.

¹²⁵⁷ De middelen werden ingediend door D.J.L. Wijnveldt.

¹²⁵⁸ Zie ook HR 18 maart 2008, NJ 2008, 452 m.nt. Reijntjes.

¹²⁵⁹ HR 3 juni 1997, NJ 1997, 657.

¹²⁶⁰ Hij stelde daartoe dat hij de heroïne in opdracht van de maffia in zijn woning had verborgen en dat hij (kort gezegd) zich door de leden daarvan zodanig bedreigd voelde dat hij aan die druk geen weerstand had kunnen bieden.

¹²⁶¹ De middelen werden ingediend door Spong.

opgesteld dat ze niet de feiten en omstandigheden bevatten waarop het verweer was gebaseerd. Het middel miste daarom feitelijke grondslag. Hij voegde daar een waarschuwing aan toe:

‘dat het proces-verbaal van de terechtzitting en het naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting gewezen vonnis of arrest de kenbronnen zijn van gevoerde verweren. De raadsman moet ervoor waken dat een verweer waarover hij een beslissing verlangt schriftelijk wordt vastgelegd, hetzij door een pleitnota over te leggen, waarin het feitelijk onderbouwde verweer is weergegeven, en daarvan aantekening te verzoeken, hetzij overeenkomstig het bepaalde in art. 326, vierde lid, Sv te verzoeken dat het gevoerde verweer, met de feiten en omstandigheden waarop het berust, in het proces-verbaal wordt aangetekend.’¹²⁶²

Overigens had de Hoge Raad iets dergelijks ook in het Zwolsman-arrest al opgetekend.¹²⁶³

Verwijzing naar eerdere pleitnotities volstaat niet

In 1998 besliste de Hoge Raad dat raadslieden in hoger beroep hun verweren expliciet ter terechtzitting naar voren moeten brengen en niet kunnen volstaan met een algemene verwijzing naar hun pleitnota in eerste aanleg.¹²⁶⁴ Knigge wees erop dat met name de weg waarlangs de Hoge Raad tot dit oordeel kwam nieuw was, niet zozeer het resultaat. Het nieuwe was dat de Hoge Raad oordeelde dat artikel 422, eerste lid, Sv, waarin is voorgeschreven dat het hof mede beraadslaagt naar aanleiding van het onderzoek in eerste aanleg, niet inhoudt dat het ook een beslissing moet geven op in eerste aanleg gevoerde verweren.¹²⁶⁵

Verlichting motiveringsplicht voor de rechter; tardieve verweren in cassatie

In 2001 wees de Hoge Raad het bekende en in het hoofdstuk 8 al besproken leerstellende arrest inzake de redelijke termijn.¹²⁶⁶ Voor het onderhavige onderwerp is met name van belang dat de Hoge Raad weliswaar eiste dat de feitenrechter ambtshalve onderzoek doet naar de naleving van de redelijke termijn, maar tevens overwoog dat daarvan alleen hoeft te blijken als terzake verweer is gevoerd of, in geval van een behandeling bij verstek, als een in de beslissing besloten liggend oordeel dat van schending geen sprake is zonder nadere toelichting onbegrijpelijk zou zijn. Verder kondigde de Hoge Raad aan dat over beslissingen terzake van de feitenrechter in cassatie voortaan niet meer met vrucht kon worden geklaagd als in

¹²⁶² HR 22 april 1997, NJ 1998, 52. De AG Fokkens had van het ontbreken van feitelijke grondslag niet expliciet een punt gemaakt, maar vond dat het hof het verweer terecht had verworpen nu omtrent dwaling niets was gesteld of gebleken. De middelen waren ingediend door Spong.

¹²⁶³ HR 19 december 1995, NJ 1996, 429, r.o. 4.3. Zie over dat arrest hoofdstuk 7, Vormverzuimen, par. 2.3 Het Zwolsmanarrest en par. 3.2. Bijzondere opsporingsmethoden – het Zwolsmanarrest.

¹²⁶⁴ HR 30 juni 1998, NJ 1999, 60 m.nt. Kn.

¹²⁶⁵ Voorheen hanteerde de Hoge Raad de fictie dat die verweren waren ingetrokken wanneer ze in hoger beroep niet waren herhaald.

¹²⁶⁶ HR 3 oktober 2001, NJ 2001, 72 m.nt. JdH. Dit arrest is besproken in het hoofdstuk 8 par. 6 Schending van de redelijke termijn.

feitelijke aanleg daarover geen verweer was gevoerd of, in gevallen van verstek, de dagvaarding in persoon was betekend.

In 2004 oordeelde de Hoge Raad dat in cassatie niet voor het eerst kan worden geklaagd over het niet naleven van artikel 167a Sv (het geven van de gelegenheid aan minderjarige slachtoffers van zedendelicten om hun mening over het feit kenbaar te maken), omdat 'dit alsmede de daaraan te verbinden gevolgen een onderzoek van feitelijke aard vergen waarvoor in cassatie geen plaats is'.¹²⁶⁷ Hij oordeelde voorts dat de rechter naar het naleven van die verplichting ook geen ambtshalve onderzoek hoeft te doen.¹²⁶⁸

Schalken was kritisch over dit oordeel en wees erop dat in de jurisprudentie van het EHRM naar zijn indruk de autonome bevoegdheid van de zittingsrechter om bij nalatigheid van de verdediging principiële waarden te beschermen sterker wordt benadrukt dan in onze nationale rechtspraak.

Hoge eisen in ontnemingszaken

In een uitspraak uit 2002 werd duidelijk dat in ontnemingszaken niet alleen de bewijslastverdeling anders is dan in strafzaken, maar dat ook op het gebied van het motiveren van getuigenverzoeken hoge eisen aan de verdediging worden gesteld.¹²⁶⁹

De betrokkene was veroordeeld voor witwassen via een geldwisselkantoor aan het Damrak in Amsterdam en vervolgens was hem door het hof een ontnemingsmaatregel opgelegd van ruim 2 miljoen gulden. In hoger beroep had de verdediging verzocht twee getuigen te mogen horen, om aan te tonen dat een deel van de omzet van het wisselkantoor afkomstig was van de daar eveneens geëxploiteerde pizzeria. Het hof wees dit verzoek af met een overweging die erop neerkwam dat op voorhand niet aannemelijk was dat de omzet van pizzeria in de administratie van het wisselkantoor terecht was gekomen en voegde daaraan toe dat de veroordeelden geen feiten en omstandigheden naar voren hadden gebracht die tot een ander oordeel noopten. Daarom kon aan het verzoek worden voorbijgegaan.

Hierover werd in cassatie geklaagd. R. Zilver, de indiener van de middelen, stelde onder meer dat in ontnemingszaken, waar de bewijslast soms toch al omgekeerd is, aan de verdediging ruime mogelijkheden ter beschikking moeten staan om dan ook bewijs te leveren. Bovendien merkte hij op dat de gewone regels voor het horen van getuigen van toepassing waren en het hof het horen van deze getuigen niet als op voorhand nutteloos of onhaalbaar had aangemerkt. De advocaat-generaal Fokkens was het met hem eens dat het hof een verkeerde maatstaf had aangelegd en concludeerde tot vernietiging.

¹²⁶⁷ HR 20 februari 2007, NJ 2007, 435 m.nt. Sch. De middelen werden ingediend door G.P. Hamer en B.P. de Boer.

¹²⁶⁸ De verdachte had in hoger beroep vergeefs bepleit dat het niet naleven van artikel 167a Sv moet leiden tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging en kwam dus al even vergeefs van de afwijzing van dat verweer in cassatie. De advocaat-generaal wees erop dat, nu de minderjarige zelf aangifte had gedaan en daarbij had verklaard de vervolging van de verdachte te wensen, het achterwege blijven van een verhoor op de voet van artikel 167a Sv geen reden voor cassatie was. Het lijkt niet ondenkbaar dat dit ook voor de Hoge Raad een factor van belang is geweest.

¹²⁶⁹ HR 25 juni 2002, NJ 2003, 97 m.nt. Mevis.

De Hoge Raad zag het echter anders. Hij stelde bij de beoordeling van onder meer dit middel voorop dat weliswaar inderdaad de bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering inzake het oproepen van getuigen van overeenkomstige toepassing waren verklaard, maar dat de hantering van de uit hoofde daarvan toepasselijke maatstaven niet los gezien kan worden van het specifieke karakter van de ontnemingsprocedure. Gezien dat karakter en de wetsgeschiedenis op dit punt, mag de rechter in dergelijke procedures bij de beoordeling van de vraag of de veroordeelde in zijn verdediging wordt geschaad, mede in zijn oordeel betrekken of het desbetreffende verzoek in het licht van de door het openbaar ministerie aan zijn vordering ten grondslag gelegde financiële gegevens, voldoende is onderbouwd.

Hij constateerde vervolgens dat het hof tot uitgangspunt had genomen dat het (kort gezegd) aan de veroordeelde was concreet en gemotiveerd aan te voeren waarom de berekening van de rechtbank onjuist was, onder opgave van de manier waarop hij dit door middel van getuigen- en deskundigenbewijs zou willen aantonen, en aldus in beginsel was uitgegaan van de aannemelijkheid van de door de rechtbank gehanteerde gegevens en berekeningswijzen. Dat achtte hij geen onjuiste maatstaf en hij vond de verwerping van het verzoek (dat hij herformuleerde naar een afwijzing op grond van het verdedigingscriterium) niet onbegrijpelijk.

Mevis wees erop dat hoewel de Hoge Raad wel steun voor zijn civielrechtelijke benadering kon vinden in de wetsgeschiedenis, deze op dit punt niet erg eenduidig was. Hij constateerde dat het feit dat reeds de onderbouwing van de verzoeken twijfel moet zaaien ten aanzien van de juistheid van het oordeel van de rechtbank niet getuigt van ruimhartigheid.

In 2004 bleek opnieuw dat in ontnemingszaken van de verdediging (nog) meer wordt gevraagd dan in strafzaken.¹²⁷⁰ Het betrof een verdachte die was veroordeeld voor het kweken van hennep. Bij de ontneming die volgde was (zoals wel vaker) berekening van de werkelijk geoogste hoeveelheden niet meer mogelijk en moest worden uitgegaan van schattingen. In de deskundigenrapportage die aan de ontnemingsvordering ten grondslag lag werd gesteld dat de opbrengst per hennepplant gemiddeld 22 gram is. Het hof merkte dit gegeven aan als feit van algemene bekendheid en baseerde hierop de berekening van het wederrechtelijk voordeel.

In cassatie werd daarover geklaagd. Uit het middel¹²⁷¹ bleek dat in hoger beroep uitvoerig en gedocumenteerd was gesteld dat een veilige schatting van de gemiddelde opbrengst op 5 tot 10 gram zou liggen. Ter ondersteuning van dit verweer werd een in een andere zaak uitgebracht NFI-rapport overgelegd.¹²⁷² De advocaat-generaal Machielse vond dat het hof had moeten uitleggen waarom dit verweer niet slaagde, omdat de betrouwbaarheid van de berekening gemotiveerd en onderbouwd was aangevochten.

De Hoge Raad vernietigde echter niet. Hij overwoog dat de verdediging niet had aangegeven of, en zo ja in hoeverre, de bijzonderheden van de zaak waarvoor

¹²⁷⁰ HR 20 januari 2004, NJ 2004, 240 m.nt. Mevis

¹²⁷¹ Ingediend door G.A.C. Beckers.

¹²⁷² Daaruit kwam naar voren dat de kasteelt van wiet veel hogere opbrengsten geeft dan de binnenteelt en dat het cijfer van de gemiddelde opbrengst daardoor wordt vertekend.

genoemd NFI-rapport was opgemaakt overeenkomsten vertoonden met die van de onderhavige zaak. Hij vond daarom de verwerping van het verweer door het hof, dat had overwogen dat niet aannemelijk was geworden dat bij de theoretische berekening van de opbrengst van 5 tot 10 gram per plant moet worden uitgegaan, toereikend gemotiveerd.

Mevis vond die verwerping wel heel formeel.

Eisen aan inhoud en vastlegging van verweren

Het jaar 2004 was ook het jaar waarin de Hoge Raad zijn standaardarrest over de toepassing van artikel 359a Sv wees, welk arrest al uitvoerig is behandeld in het hoofdstuk over vormverzuimen.¹²⁷³

Gezegd wordt wel dat dit arrest de overgang naar een meer contradictoir strafproces markeerde, maar uit de hiervoor besproken arresten blijkt wel dat die overgang al gaande was toen dit arrest werd gewezen. Desalniettemin is het een belangrijk arrest, omdat hierin voor het eerst expliciet eisen werden gesteld aan de manier waarop verweren, waarin een beroep wordt gedaan op schending van een vorm¹²⁷⁴ als bedoeld in artikel 359a Sv, moeten worden geformuleerd en gepresenteerd.

De Hoge Raad motiveerde dit door te stellen dat, waar de wet van de rechter verwacht dat hij zijn beslissing ter zake neemt en motiveert aan de hand van de factoren die in het tweede lid van die bepaling zijn genoemd, dan van de verdediging mag worden verwacht dat ook zij haar verweren daarop toespitst. Als zij aan die verwachting niet voldoet, hoeft de rechter ook niet te reageren. Bovendien hoeft de rechter de feitelijke grondslag van het verweer, ook al is het goed geformuleerd, niet te onderzoeken als het toch niet kan leiden tot een van de beslissingen van artikel 359a Sv of als de rechter beweerdelijk onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal niet voor het bewijs gebruikt.

In de hiervoor al besproken¹²⁷⁵ (latere) jurisprudentie over het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt stelde de Hoge Raad gelijksoortige eisen aan de verdediging.

Grens aan wat van de verdediging kan worden gevergd

In juni 2007 hielp de Hoge Raad de verdediging een handje met het arrest over het opgeven van getuigen in de appelschriftuur.¹²⁷⁶ Ook dit arrest passeerde al eerder de revue.¹²⁷⁷ Hierin ging de Hoge Raad in tegen de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever¹²⁷⁸ door te oordelen dat van de raadsman onder bepaalde omstandigheden

1273 Zie hoofdstuk 7, onder 7.2.7, Het didactische arrest over art. 359a Sv. Het arrest is HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376.

1274 In het arrest staat 'schending van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv', maar dat zal een kennelijke verschrijving zijn geweest.

1275 Zie hiervoor onder 9.2.5.

1276 HR 19 juni 2007, NJ 2007, 626 m.nt. Mevis. De middelen werden ingediend door G.P. Hamer en B.P. de Boer.

1277 Zie hoofdstuk 8, 8.4.5, waar dit arrest inhoudelijk wat uitvoeriger wordt besproken.

1278 Met betrekking tot de Wet van 10 november 2004, Stb. 579.

niet kan worden geveerd dat hij al in de appelschriftuur getuigen en deskundigen opgeeft. Hij loste dit op door de lagere rechter te instrueren dat in die gevallen het noodzakelijkheids criterium inhoudelijk niet wezenlijk verschilt van het criterium van het verdedigingsbelang. Voorts bepaalde hij dat geen eisen worden gesteld aan de formulering van de grieven in de appelschriftuur.

Mevis sprak in zijn noot over rechterlijk activisme en wees erop dat dit arrest haaks stond op de overgang naar een meer contradictoir proces. Kennelijk vond de Hoge Raad dat hier een grens lag van wat van de verdediging in redelijkheid kan worden gevraagd.

Uitdrukkelijk onderbouwd standpunt ook in ontnemingsprocedures

In november 2007 oordeelde de Hoge Raad dat artikel 359 tweede lid Sv ook van toepassing is in ontnemingsprocedures.¹²⁷⁹ Hij legde aan deze beslissing ten grondslag dat deze bepaling was geplaatst in een titel van het Wetboek van Strafvordering dat van overeenkomstige toepassing op de ontnemingsprocedure was verklaard en dat niets in de totstandkomingsprocedure van deze bepaling erop wees dat de wetgever dat niet had gewild. De advocaat-generaal Bleichrodt was in zijn conclusie net de andere kant op gegaan: hij achtte deze bepaling gezien het bijzondere karakter van de ontnemingsprocedure nu juist niet van overeenkomstige toepassing en meende dat de wetgever dit ten tijde van de totstandkoming waarschijnlijk over het hoofd had gezien.

Bescherming van vrijspraken

Op 19 februari 2008 wees de Hoge Raad vier arresten waarin het openbaar ministerie in cassatie was gekomen tegen dun gemotiveerde vrijspraken met de klacht dat op door hem ingenomen en uitdrukkelijk onderbouwde standpunten onvoldoende was gerespondeerd.¹²⁸⁰ In al deze zaken hadden de advocaten-generaal geconcludeerd tot vernietiging.

De Hoge Raad legde in zijn arresten echter sterk de nadruk op de aloude jurisprudentie omtrent de selectie- en waarderingsvrijheid van de feitenrechter en de niet meer dan marginale toetsing daarvan. Hij herhaalde dat de nieuwe motiveringsverplichting soms wel een nadere motivering noodzakelijk maakt, maar dat die niet zo ver gaat dat op ieder detail van het onderbouwde standpunt hoeft te worden gerespondeerd.

In een van deze zaken¹²⁸¹ had het hof de verdachte vrijgesproken van poging tot moord en veroordeeld wegens poging tot doodslag. De advocaat-generaal bij het hof kwam in cassatie van de vrijspraak, de verdachte van de veroordeling. Het requisitoir van de advocaat-generaal kwam erop neer dat voorbedachte raad

¹²⁷⁹ HR 6 november 2007, NJ 2008,287 m.nt. Borgers onder NJ 2008, 288. De middelen werden ingediend door A.P. Visser.

¹²⁸⁰ HR 19 februari 2009, NJ 2008, 423 m.nt. YB; NJ 2008, 424; en NJ 2008, 425. Het vierde arrest werd niet in de NJ opgenomen. In de gepubliceerde arresten is niet vermeld wie namens het openbaar ministerie de middelen opstelde.

¹²⁸¹ De zaak die ten grondslag lag aan HR 19 februari 2008, NJ 2008, 423.

bewezen geacht moest worden, nu de verdachte een wapen bij zich had gestoken en enkele seconden nodig had gehad om dit tevoorschijn te halen en te richten, terwijl hij ook nog achter de aangever was aangerend. In cassatie werd geklaagd dat het hof niet gemotiveerd op dit standpunt had gereageerd (het had wel overwogen dát het de voorbedachte rade niet bewezen achtte).

De Hoge Raad verwierp deze klacht, als gezegd. De klacht van de verdachte slaagde echter wel. Namens hem was geklaagd over het feit dat (zoals de Hoge Raad het samenvatte) de verklaringen van de aangever zich niet lieten rijmen met de resultaten van het technisch onderzoek naar de plaats en de hoogte van de kogelinslag.¹²⁸² Op dit punt was in hoger beroep uitvoerig verweer gevoerd. Het hof had deze verklaringen echter zonder nadere motivering gebruikt voor het bewijs.

De Hoge Raad achtte dat wel in strijd met het in artikel 359 tweede lid Sv bepaalde – overigens in overeenstemming met het advies van de advocaat-generaal Knigge op dit punt.

Buruma constateerde in zijn noot onder meer dat de Hoge Raad standpunten van het openbaar ministerie iets anders leek te beoordelen dan standpunten van de verdediging, maar achtte dat aanvaardbaar door het feit dat (naar hij kennelijk bedoelde) onterechte veroordelingen nu eenmaal erger zijn dan onterechte vrijspraken. Zijn slotconclusie was dat de Hoge Raad de keuzevrijheid van de rechter vooropstelt.

9.4 (Bijna) verdwijnen van de ambtshalve cassatie

Zoals in hoofdstuk 2 al uitvoerig aan de orde werd gesteld, kwam in 1999 door wetswijziging een einde aan de mogelijkheid van de verdachte zelf middelen aan de Hoge Raad voor te leggen.¹²⁸³ Voortaan mocht alleen nog een advocaat een schriftuur indienen.

Dat was echter niet de enige verandering; deze wetswijziging had ook tot gevolg dat de Hoge Raad vrijwel ophield met het ambtshalve, los van de middelen, controleren van uitspraken van de feitenrechter.¹²⁸⁴ Dat leidde ertoe dat uitspraken waarin overduidelijk door de feitenrechter fouten waren gemaakt, niet langer werden vernietigd.

In 2003 wees de Hoge Raad bijvoorbeeld arrest in een zaak waarin duidelijk was dat de raadsman van de verdachte in hoger beroep ten onrechte niet voor de terechtzitting was opgeroepen. Omdat daarover in cassatie op geen enkele manier werd geklaagd, zag de Hoge Raad daarin geen aanleiding tot ambtshalve cassatie.¹²⁸⁵

Advocaat-generaal Vellinga wijdde aan deze nieuwe ontwikkeling een uitvoerige conclusie in zijn conclusie bij een arrest uit 2004, waarin de Hoge Raad een aan hem

¹²⁸² De middelen waren ingediend door J. Goudswaard en I. van Straalen.

¹²⁸³ Wet van 28 oktober 1999, Stb. 467 (tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie en enkele andere wetten met betrekking tot het beroep in cassatie in strafzaken (uitsluiting beroep in lichte overtredingszaken en invoering verplichte schriftuur van een advocaat)

¹²⁸⁴ Zie hoofdstuk 2 onder 4c, Sterke beperking van de ambtshalve cassatie.

¹²⁸⁵ HR 28 oktober 2003, JOL 2003, 546.

voorgelegd arrest ambtshalve vernietigde omdat op verschillende onderdelen het bewezenverklaarde (opzetheling) niet uit de bewijsmiddelen kon volgen.¹²⁸⁶

Vellinga besteedde veel aandacht aan de vraag of dit ondanks het ontbreken van middelen aanleiding moest zijn voor ambtshalve cassatie, zeker nu de raadsman van de verdachte in een verwante zaak wel middelen tegen de bewezenverklaring had gericht en het ontbreken van middelen in deze zaak dus kennelijk een bewuste keuze was. Hij besprak de wetsgeschiedenis rond de invoering van de verplichte schriftuur, waarbij de ambtshalve cassatie bijna was afgeschaft, maar uiteindelijk in stand was gehouden om de Hoge Raad in staat te stellen in te grijpen bij ernstige gebreken, zo luidde althans de visie van de wetgever.¹²⁸⁷ Vervolgens constateerde hij dat de Hoge Raad sindsdien bij problemen rond de bewijsvraag bereid was gebleken gebrekkige middelen ambtshalve aan te vullen zodat deze tot succes konden leiden en ook om geheel ambtshalve te vernietigen als het tegen de bewezenverklaring gerichte middel helemaal ‘mis zat’.

Als een middel helemaal ontbrak vernietigde de Hoge Raad naar het inzicht van Vellinga alleen nog ambtshalve als hij de nadruk wilde leggen op een koers die hij had uitgezet. Verder merkte hij onder meer op dat de Hoge Raad regelmatig vernietigde wegens een onjuiste kwalificatie en dat hij ook nog wel eens een opgelegde straf in overeenstemming bracht met de wet. Hij stelde ook dat doorgaans niet ambtshalve wordt gecasseerd als op grond van het ontbreken van middelen mag worden aangenomen dat verzoeker in cassatie daarover niet heeft willen klagen. De Hoge Raad maakt een uitzondering op die regel als de bestreden uitspraak onmiskenbaar in strijd is met een regel van materieel strafrecht, maar gewoonlijk niet wanneer een strafvorderlijke regel geschonden is.

Deze uiteenzetting leidde hem uiteindelijk tot het oordeel dat de Hoge Raad in het voorliggende geval ambtshalve zou moeten vernietigen, omdat de veroordeling voor opzetheling ernstige twijfel oproep aan de juiste uitleg van de betreffende bepaling en de Hoge Raad al eerder in een dergelijke zaak ambtshalve had gecasseerd. De Hoge Raad deed dat dus ook.

In een arrest dat Buruma gelijktijdig met deze uitspraak annoteerde, van ongeveer een maand later, deed hij dat echter niet.¹²⁸⁸ Ook in deze zaak concludeerde de advocaat-generaal, in dit geval Fokkens, tot ambtshalve cassatie.

Reden daarvoor was dat in de betreffende zaak het doen van aankopen met gestolen credit-cards was ten laste gelegd en bewezen verklaard als het gebruik maken van een vals geschrift en gekwalificeerd als het plegen van valsheid in geschrift. Fokkens stelde voor het arrest te vernietigen met betrekking tot deze beslissingen en voorts de dagvaarding nietig te verklaren voor wat betreft de tenlastelegging van deze feiten. De Hoge Raad volgde dit advies dus niet.

Buruma vond dat het in stand laten van zulke evidente missers toelichting behoeft. Hij voegde aan de uiteenzetting van Vellinga onder meer nog toe dat ambtshalve cassatie bij bewijsbeslissingen alleen voorkomt als niet onaannemelijk is

¹²⁸⁶ HR 24 februari 2004, NJ 2004, 477 m.nt. YB onder NJ 2004, 476. Het in deze zaak door P.M. van Russen Groen ingediende cassatiemiddel strandde op art. 81 RO.

¹²⁸⁷ Zie de Nota n.a.v. het verslag, Kamerstukken II, 1998-1999, 26 027, nr. 5, p. 6.

¹²⁸⁸ HR 23 maart 2004, NJ 2004, 476 m.nt. YB.

dat ten onrechte bewezen is verklaard. Bij onterechte kwalificatiebeslissingen zal er enig belang bij de cassatie moeten zijn, bijvoorbeeld omdat ook een ander strafmaximum in het geding is. Hij concludeerde dat, anders dan misschien verwacht zou worden, de ambtshalve cassatie niet bij uitstek wordt toegepast met het oog op rechtseenheid en rechtsontwikkeling, maar veeleer op het voorkómen van materieel onrecht in concrete zaken. Hij veronderstelde dat de Hoge Raad in deze zaak geen materieel onrecht zag.¹²⁸⁹

In 2007 wees de Hoge Raad een arrest waarin hij afzag van ambtshalve cassatie wegens een ontoereikende strafmotivering, omdat in de middelen niet over dat gebrek werd geklaagd. In dit arrest ontbrak de strafmotivering geheel.¹²⁹⁰

Ook de laatste jaren maakte de Hoge Raad slechts sporadisch gebruik van zijn bevoegdheid om tot ambtshalve vernietiging over te gaan. Van belang voor individuele zaken waren beslissingen tot vernietiging omdat een verjaring over het hoofd was gezien, of fouten waren gemaakt bij de toepassing van de bepalingen met betrekking tot de strafoplegging¹²⁹¹, de vordering van de benadeelde partij was vergeten¹²⁹², of het hof buiten zijn bevoegdheid was getreden.¹²⁹³ Het betrof dus steeds fouten die tot materieel onjuiste uitspraken hadden geleid.

Meer het oog op het belang van rechtsvorming hadden arresten waarin een uitspraak van het hof werd vernietigd omdat in een ‘herstelbeslissing’ meer verbeterd werd dan een ‘kennelijke fout’ die zich voor eenvoudig herstel leent¹²⁹⁴, de verwerping van een verweer betreffende een *lex specialis* blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting¹²⁹⁵ en een feit ten onrechte was gekwalificeerd als een overtreding, omdat een wetswijziging blijk gaf van gewijzigd inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van het feit.¹²⁹⁶

Het is maar zeer de vraag of de Hoge Raad ook de laatste jaren nog zodanig welwillend is bij het interpreteren van middelen dat hij deze ambtshalve aanvult. De opsteller van de middelen een handje helpen deed hij bijvoorbeeld in een zaak waarin geklaagd werd over een gebrek in de verzending van de dagvaarding.¹²⁹⁷ Dat deed hij anderzijds weer niet in een geval waarin werd geklaagd over de niet-ontvankelijkverklaring in appel, waarbij (waarschijnlijk) werd geklaagd over het verkeerde punt.¹²⁹⁸ In bewijskwesities, het soort zaken waar Vellinga op wees, hielp

1289 Enigszins opmerkelijk is dat hij het probleem in deze zaak aanmerkt als ‘een puur strafvorderlijke kwestie’. Dat lijkt gezien de onjuiste bewezenverklaring en kwalificatie wat eufemistisch gesteld. Wel is waar dat de onjuistheden niet raakten aan het ‘feitelijke feit’ waarvoor de verdachte kennelijk terecht was veroordeeld.

1290 HR 29 mei 2007, NJ 2008, 395. Dit arrest kwam hiervoor al ter sprake onder 2.8. De advocaat-generaal Machielse concludeerde tot vernietiging, omdat dit gebrek tot nietigheid van de strafoplegging leidde.

1291 Beide gevallen deden zich bv. voor in HR 15 september 2009, LJN: BJ2769.

1292 HR 14 februari 2012, LJN: BU7628.

1293 HR 28 oktober 2008, LJN: BE9606.

1294 HR 12 juni 2012, NJ 2012, 490 m.nt. Borgers.

1295 HR 16 november 2010, NJ 2010, 625.

1296 HR 22 september 2009, NJ 2009, 463.

1297 HR 17 februari 2009, NJ 2009, 123.

1298 HR 1 juni 2010, NJ 2010, 316. De verdachte was niet-ontvankelijk verklaard omdat hij te laat appel had ingesteld. Het hof overwoog dat weliswaar door de griffier aan de raadsman was

hij evenmin, althans niet merkbaar.¹²⁹⁹ De conclusie lijkt dan ook te moeten luiden dat cassatiemiddelen steeds strenger worden gelezen.

9.5 Beschouwing en conclusie

In het voorgaande hebben we gezien dat in de onderzochte periode het aantal responsieplichtige bewijsverweren langzaam maar zeker groeide, met name van puur juridische, naar ook feitelijke verweren. De vrijheid van de feitenrechter bij de selectie en waardering van het bewijs bleef echter lange tijd onaangetast. De Hoge Raad waakte voor wat betreft de bewijsvoering in wezen over de kwaliteit daarvan: deze diende naast rechtmatig, ook sluitend en van voldoende (wetenschappelijk) niveau te zijn, mits over gebreken terzake maar werd geklaagd. Ten aanzien van de wettelijke responsieplichten deden zich geen noemenswaardige veranderingen voor.

Tegen de eeuwwisseling ontstond een wat strengere houding ten opzichte van de verdediging, met name waar het ging om het voeren en herhalen van verweren. De advocatuur werd voorts gewaarschuwd dat zij haar standpunt diende vast te leggen in een pleitnota, wilde zij zeker zijn van vastlegging daarvan. In 2004 stelde de Hoge Raad in het 359a Sv-arrest zelfs expliciet de eis dat de verdediging haar verweer op schrift moet stellen en dient in te kleden aan de hand van de vereisten van die bepaling, om aanspraak te kunnen maken op een antwoord. Hetzelfde geldt overigens voor het openbaar ministerie, wier standpunten mogelijk zelfs nog wat strenger worden bekeken dan die van de verdediging. Tegelijkertijd trok de Hoge Raad zich terug in een passievere rol door (na een wetwijziging) grote terughoudendheid te gaan betrachten bij het toepassen van ambtshalve cassatie, en lijkt hij de laatste jaren ook cassatiemiddelen steeds minder welwillend te zijn gaan lezen. De ambtshalve vernietiging is inmiddels een grote uitzondering geworden en vindt slechts nog plaats wanneer de Hoge Raad van oordeel is dat anders materieel onrecht in stand zou blijven.

Gaandeweg werd echter ook het geven van uitleg aan de verdachte (en de maatschappij) een drijfveer voor het streven naar meer motivering. De wetgever droeg daar het zijne aan bij door het invoeren van de motiveringsplicht ten aanzien van het uitdrukkelijk gemotiveerde standpunt. De Hoge Raad interpreteerde deze nieuwe wet ruim en dwong de rechter vaker te antwoorden op hetgeen door de

toegezegd dat de zaak zou worden aangehouden, maar dat de raadsman had moeten informeren of dat ook daadwerkelijk was gebeurd. Geklaagd werd over een onjuiste betekening van de oproeping, maar niet over de schending van het door die toezegging opgewekte vertrouwen. De AG Machielse concludeerde tot vernietiging omdat nader onderzoek had moeten worden gedaan naar de toezegging van de griffier, maar de Hoge Raad constateerde kortweg dat het middel de gronden tot de niet-ontvankelijkverklaring niet bestreed en dat het daarom niet slaagde.

¹²⁹⁹ Zie bijvoorbeeld HR 5 april 2011, NJ 2011, 171. De AG Vegter signaleerde in zijn conclusie een gat in de bewijsvoering, waar het middel tegen streed met een klacht over het afwijken van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt. Hij vond dat eigenlijk sprake was geweest van een dakdekkersverweer, welk punt in de toelichting op het middel ook uitdrukkelijk aan de orde werd gesteld. Hij concludeerde tot vernietiging. De Hoge Raad wijdde er echter geen woord aan, mogelijk omdat het punt niet in het middel zelf, maar in de toelichting naar voren kwam. De middelen waren ingediend door W. de Vries.

verdediging naar voren was gebracht. Dit leidde ertoe dat de Hoge Raad in zijn controle op bewijsbeslissingen nu soms ook de grens naar een controle op feitelijke beslissingen (de waardering en selectie van het bewijs) overschrijdt.

De Hoge Raad heeft door dit alles een sterke impuls gegeven tot een meer ‘contradictoire’, een meer civiele, benadering van het strafrecht. Vanuit rechtsbeschermend perspectief is sprake van enerzijds een belangrijke vooruitgang ten opzichte van het beginmoment van dit onderzoek, doordat de feitenrechter door de Hoge Raad in een groot aantal gevallen is gedwongen tot een veel uitvoeriger en preciezer verantwoording van de verwerping van verweren. Anderzijds is met name sinds de laatste ongeveer 15 jaar sprake van een belangrijke achteruitgang door beperking van de responsieplicht van de feitenrechter in het geval van het ontbreken van een (voldoende onderbouwde) verweer. Daarnaast is het grotendeels wegvallen van de ambtshalve controle van uitspraken een gevoelig gemis. Daar waar voorheen de – naar mag worden aangenomen – knapste rechters van het land de zaak nog eens op zijn merites beoordeelden en vernietigden wanneer fouten waren gemaakt, blijven nu arresten met grote missers in stand wanneer daarover niet wordt geklaagd. Dat is een niet gering verlies voor de rechtzoekende (en voor de kwaliteit van de rechtspleging). In wellicht wat mindere mate geldt dat ook voor de feitelijke aanleg: ook de cliënt van de raadsman die bepaalde verweren niet, of niet op de juiste wijze, voert loopt het risico dat belangrijke punten in zijn zaak onbesproken blijven, maar dat wordt in enige mate ondervangen door de mede onder invloed van Promis en het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt verbeterde motiveringscultuur bij de feitenrechters.

Gezegd moet nog worden dat de Hoge Raad de verdachte uitdrukkelijke bescherming bood tegen te vergaande eisen van de wetgever, met name waar het ging om het in hoger beroep al in een vroege fase moeten opgeven van bezwaren en getuigen.

Al met al levert het contradictoire strafproces, waarin de rechter alleen hoeft te motiveren wanneer hem dat uitdrukkelijk wordt gevraagd, risico’s op wanneer ervan wordt uitgegaan dat het doel van het strafproces is tot een zoveel mogelijk rechtvaardige uitkomst te komen. De hartekreet van Mevis, dat een rechtssysteem dat van de rechter geen verantwoording vraagt, op de verkeerde weg is, is terecht. Het belang van een motivering, maar ook dat van het zelf onderkennen van beletselen voor een veroordeling en strafoplegging, overstijgt immers het belang van de verdachte. Of die belangen worden gediend zou niet afhankelijk mogen zijn van de vraag of de raadsman de juiste verweren voert.

10 **Rechtsontwikkeling in het materiële strafrecht**

10.1 **Inleiding**

In het overzicht over de ontwikkelingen in de jurisprudentie tot aan 1988 werd geconstateerd dat de vernieuwingen zich hoofdzakelijk afspeelden op het gebied van het formele strafrecht en dat voor wat betreft het materiële strafrecht veeleer sprake was van terughoudendheid. De reden daarvoor zou zijn geweest dat het legaliteitsbeginsel op dit terrein een sterke rol speelde, waardoor de Hoge Raad geneigd was tot restrictief interpreteren.¹³⁰⁰ Moons noemde als voorbeelden daarvan dat de Hoge Raad voor strafbaarheid van doorrijden na ongeval opzet vereiste, hoewel dat uit de tekst van de wet niet zozeer was af te leiden¹³⁰¹ en dat de term ‘onttrekken aan de nasporing van de politie’ creatief beperkend was uitgelegd.¹³⁰² Hij voegde daaraan toe dat deze neiging zeker bestond op gebieden ten aanzien waarvan binnen de maatschappij grote verschillen in opvatting bestonden. Hij illustreerde dat aan de hand van de arresten inzake de euthanasiekwestie (welk arrest door Schaffmeister nu juist als een markant voorbeeld van vrije rechtsvinding werd beschouwd) en inzake Slavenburg. Bij dat laatste arrest nam de Strafkamer de leidinggevende functionaris in bescherming tegen al te voortvarende aansprakelijkstelling door te verlangen dat die functionaris heeft geweten (en niet slechts hoefde te weten) van door de rechtspersoon begane strafbare feiten.

Bij Moons’ stellingen valt overigens wel een kanttekening te plaatsen. Hieronder zal blijken dat ook in zijn tijd materieelrechtelijke begrippen soms ruim werden geïnterpreteerd.¹³⁰³

Voor zover de Hoge Raad zich in dit soort kwesties inderdaad terughoudend opstelt en ervoor waakt dat de grenzen van de strafbaarheid niet worden opgerekt, kan dit als rechtsbeschermend worden aangemerkt. Om die reden is ook de verdere ontwikkeling op het gebied van materieel-strafrechtelijke onderwerpen van belang voor het antwoord op de vraag hoe de Hoge Raad aan zijn rechtsbeschermende taak inhoud geeft.

¹³⁰⁰ Zie Moons, 1988.

¹³⁰¹ HR 19 juni 1956, NJ 1956, 529.

¹³⁰² HR 18 januari 1977, NJ 1977, 256.

¹³⁰³ Getuige bijvoorbeeld de interpretatie van de begrippen opzet (door daar het ‘voorwaardelijk opzet’ onder te gaan begrijpen), medeplegen (door het vervagen van de afbakening met medeplichtigheid en uitlokking) en criminele organisatie (welk begrip altijd al ruim werd geïnterpreteerd). Zie hieronder onder resp. 10.2.1 Voorwaardelijk opzet, 10.2.3 Medeplegen en 10.3.1 Criminele organisatie.

Hieronder zullen materieelrechtelijke onderwerpen aan de orde komen waarop de Hoge Raad het recht verder heeft ontwikkeld of duidelijk sturend is opgetreden. Eerst zal worden besproken een aantal algemene leerstukken, te weten voorwaardelijk opzet, noodweer en noodweerecces, medeplegen en voorbereidingshandelingen en vervolgens een aantal individuele delicten, te weten deelname aan een criminele organisatie (dat ook wel als een verruimde vorm van deelneming wordt gekarakteriseerd¹³⁰⁴), openlijk geweld, een aantal zedendelicten en euthanasie.

10.2 Algemene leerstukken

10.2.1 Voorwaardelijk opzet

Vóór 1988

Al ver voor de onderzochte periode aanvaardde de Hoge Raad dat wat tegenwoordig ‘voorwaardelijk opzet’ heet. Voor het eerst gebeurde dat met zoveel woorden in het Cicero-arrest, waarin de te hanteren maatstaf werd geformuleerd als ‘het zich willens en wetens blootstellen aan de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans’.¹³⁰⁵ Hier stak de Hoge Raad definitief de grens over tussen het daadwerkelijk hebben voorzien van een bepaald gevolg (wat ‘gewoon’ opzet oplevert) en het bewust op de koop toe nemen van een bepaalde kans op dat gevolg – voorheen vallend in het domein van de culpa.¹³⁰⁶

De zojuist genoemde maatstaf hanteerde hij nog niet consequent. In 1965 oordeelde hij bijvoorbeeld dat als iemand een ander met een zware blokschaaf op het hoofd slaat, ‘redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de dader heeft beseft’ dat zwaar lichamelijk letsel het daarvan ‘te verwachten’ gevolg zou zijn.¹³⁰⁷ In die

¹³⁰⁴ Zie bijv. ‘t Hart in zijn noot onder HR 9 oktober 1990, NJ 1991, 30.

¹³⁰⁵ HR 9 november 1954, NJ 1955, 55 m.nt. Pompe. Het arrest betreft een toneelgroep die auteursrechten schond door een toneelstuk op te voeren, terwijl zij niet had voldaan aan een daaraan door de rechthebbende gestelde voorwaarde. De Hoge Raad oordeelde dat door de opvoering te laten plaatsvinden zonder zeker te weten of de betreffende voorwaarde onterecht was gesteld en zonder daarnaar vooraf te informeren, de groep haar opzet er mede op gericht had het auteursrecht te schenden.

¹³⁰⁶ Pompe was hierover in zijn noot kritisch: hij sprak van een bedenkelijke ontwikkeling, waarbij de grens van het opzet ten koste van de culpa wordt opgerekt, waardoor de ‘naakte bewuste onachtzaamheid’ reeds opzet oplevert. In zijn eigen woorden: ‘De dader heeft in werkelijkheid de mogelijkheid van het gevolg gekend. Niemand, ook hij zelf niet, kan weten wat zijn gedrag zou zijn geweest, als hij deze zekerheid van het gevolg zou hebben gekend. Eerst wanneer hij in deze situatie zou hebben verkeerd, zou men kunnen weten wat hij dan zou hebben gedaan. De leer van het voorwaardelijk opzet berust op het gelijk stellen van een waargenomen en een verbeelde situatie, van een werkelijkheid en een illusie!’.

¹³⁰⁷ HR 12 mei 1964, NJ 1965, 26, m.nt. Pompe. Pompe signaleerde in zijn annotatie dat dit arrest weliswaar niet verrassend, maar wel van betekenis was, omdat de Hoge Raad had getoond dat ook vermoedens en generaliserings voor het bewijs bruikbaar zijn.

formulering kan echter eveneens worden gelezen dat de Hoge Raad het bewust nemen van een groot risico als een vorm van opzet zag.

In de jaren tachtig vond de maatstaf van het zich willens en wetens blootstellen aan een niet als denkbeeldig te verwaarlozen kans definitief ingang over de volle breedte van het strafrecht. Drugs, verkeer, geweld; op al deze deelterreinen werd deze maatstaf gehanteerd. Wel varieerden de bewoordingen nog: de ‘geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans’ werd ook wel de ‘aanmerkelijke kans’ (welke bewoordingen een beperktere omvang van het voorwaardelijk opzet inhielden) en ‘willens en wetens’ werd soms ‘welbewust’ (welke bewoordingen geen andere betekenis aan de maatstaf gaven).¹³⁰⁸ De feitenrechter maakte (en maakt) voor het bewijs veel gebruik van deze vorm van opzet.

Het Porsche-arrest

In 1996 begon de Hoge Raad voor het eerst de reikwijdte van het voorwaardelijk opzet wat in te perken.

In het Porsche-arrest deed hij een uitspraak waarin de grens tussen (voorwaardelijk) opzet en bewuste schuld uitdrukkelijk aan de orde kwam.¹³⁰⁹ Het betrof een geval waarin een beschonken bestuurder na diverse gevaarlijke gedragingen in het verkeer uiteindelijk tijdens een inhaalmanoeuvre in botsing kwam met een tegenligger waarbij vijf doden vielen. Het OM vervolgde wegens doodslag en het hof kwam, met gebruik van voornoemde maatstaf, tot het oordeel dat de bestuurder, gezien zijn wijze van rijden, voorwaardelijk opzet had op levensberoving van zijn medeweggebruikers.

De Hoge Raad was het daarmee niet eens. Hij wees in zijn overwegingen op het verschil tussen voorwaardelijk opzet en grove schuld. Hij stelde dat ook in gevallen als de onderhavige het opzet op levensberoving uit de omstandigheden van het geval kán worden afgeleid, maar maande de rechter ook te kijken naar de intentie van de verdachte: de rechter diende in zijn overwegingen te betrekken dat het naar algemene ervaringsregelen niet waarschijnlijk is dat een bestuurder welbewust op de koop toeneemt dat hij een zodanige botsing zal veroorzaken dat hij daarbij zelf het leven ook zal verliezen. Wanneer de rechter dit toch aanneemt, zal hij dit moeten motiveren, zo kan uit het arrest worden afgeleid.

Dit arrest kwam in een tijd waarin een soms verhit debat gaande was over de betrekkelijk lage strafmaxima in het verkeersstrafrecht. In zijn noot besprak ‘t Hart het gevaar dat culpa-delicten ‘onder de opzetwals raken’ bij te ruime criteria voor voorwaardelijk opzet. Hij wees erop dat in de doctrine nog weinig overeenstemming bestond over de afbakening van het terrein van het voorwaardelijk opzet ten opzichte van dat van de bewuste schuld. De Hoge Raad koos er kennelijk voor deze afbakening juridisch helder te houden en gaf daarvoor in dit arrest de nadere criteria. Aldus liet hij de bal voor wat betreft de wenselijkheid van hogere straffen bij de

¹³⁰⁸ HR 14 september 1981, NJ 1981, 647. In deze zaak ging het om het gericht schieten op het lichaam, waarbij de schouder werd geraakt. Zie ook HR 18 februari 1985, NJ 1985, 633, dat betrekking had op invoer van verdovende middelen.

¹³⁰⁹ HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199 m.nt. ‘tH. De middelen werden ingediend door Spong.

wetgever. Ook leek hij met dit arrest een halt te willen toeroepen aan het al te gemakkelijke gebruik van het voorwaardelijk opzet.¹³¹⁰

Geen bewuste aanvaarding bij 'ongelukjes'

Ook in 1998 bleek dat de Hoge Raad tamelijk streng was ten aanzien van het bewust aanvaarden van een bepaalde kans. In een zaak waarin twee mannen gewapend een huis binnendrongen, viel een dode tengevolge van kogels die werden afgevuurd tijdens de vechtpartij die binnen was ontstaan.¹³¹¹ De verdachte uit wiens wapen die kogels waren afgevuurd verklaarde dat hij het slachtoffer met het wapen had geslagen, maar niet bewust had geschoten. Het hof had hem desalniettemin mede op grond van die verklaring veroordeeld voor doodslag, overwegend dat de verdachte door zijn handelen het risico had genomen dat verzet zou worden geboden en een handgemeen zou ontstaan, waarbij zijn wapen zou afgaan.¹³¹²

De Hoge Raad vernietigde deze uitspraak, omdat het hof uit de bewijsmiddelen niet had kunnen afleiden dat de verdachte zich willens en wetens had blootgesteld aan het risico dat het wapen zou afgaan en aldus welbewust de kans had aanvaard dat hij het slachtoffer dodelijk zou treffen.

In dezelfde lijn ligt een arrest uit 2003 over een incident in een uitgaansgelegenheid van een vrij veel voorkomende aard: het slaan in het gezicht met een bierglas.¹³¹³ Ook daar kon naar het oordeel van de Hoge Raad geen voorwaardelijk opzet op zware mishandeling worden afgeleid uit de als bewijsmiddel gehanteerde verklaring van de verdachte dat zij bier over het slachtoffer wilde gooien door haar (volle) glas over haar schouder naar achter te bewegen, waarbij zij per ongeluk het gezicht van het slachtoffer met dat glas had geraakt. De Hoge Raad overwoog dat uit die verklaring, noch uit de overige bewijsmiddelen kon worden afgeleid dat zij de verdachte had willen mishandelen, terwijl uit die bewijsmiddelen ook niet kon worden afgeleid dat zij zich willens en wetens had blootgesteld aan de aanmerkelijke kans daarop.

1310 De bewezenverklaring van voorwaardelijk opzet in plaats van 'gewoon' opzet, is in zekere zin de weg van de minste weerstand. Wanneer de verdachte ontkent opzet op een bepaald gevolg te hebben gehad, terwijl in het dossier direct bewijs van het tegendeel ontbreekt, zal de rechter vaak voor de veilige weg kiezen en uitgaan van de verklaring van de verdachte. Dat kan leiden tot minder overtuigende bewijsredeneringen dan wanneer de rechter overweegt dat hij onvoorwaardelijk opzet aanneemt omdat hij de ontkennende verklaring ongeloofwaardig acht.

1311 HR 9 juni 1998, NJ 1998, 731. Het middel werd ingediend door J. Kuijper.

1312 Uit de overwegingen van het hof blijkt overigens van twijfel aan de verklaring van de verdachte, nu het hof het verweer omtrent het ontbreken van opzet minder aannemelijk achtte, nu het slachtoffer door twee kogels was geraakt. Het hof overwoog zelfs expliciet dat als verdachtes verklaring juist zou zijn, hij in ieder geval voorwaardelijk opzet op het dodelijk gevolg heeft gehad. Desalniettemin hanteerde het deze verklaring voor het bewijs.

1313 HR 25 maart 2003, NJ 2003, 556. Het middel werd ingediend door J. Boksem.

Een ‘aanmerkelijke kans’ – de HIV I en II-arresten

Eveneens in 2003 richtte de aandacht van de Hoge Raad zich opnieuw uitdrukkelijk op het onderscheid tussen voorwaardelijk opzet en bewuste schuld. Daarbij kwam ook het andere aspect van de maatstaf vol voor het voetlicht: wat moet worden verstaan onder een ‘aanmerkelijke kans’?

In het HIV I- arrest benadrukte de Hoge Raad in een aan de bespreking van de middelen voorafgaande beschouwing dat hij de aanmerkelijkheid van de kans beschouwt als een objectief gegeven (een kans die naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk is te achten) en niet, zoals het hof in de betreffende zaak had gedaan, als (mede) afhankelijk van de ernst van het te verwachten gevolg.¹³¹⁴

Hij herhaalde dat voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens aan een dergelijke kans heeft blootgesteld, nodig is dat hij die kans bewust heeft aanvaard. De enkele wetenschap van het bestaan van die kans is daartoe onvoldoende, omdat in dat geval ook sprake kan zijn van bewuste schuld. Toch kan ook de wilcomponent onder omstandigheden uit objectieve gegevens worden afgeleid. De aard van de gedraging en de omstandigheden van het geval zijn, als de verklaringen van de verdachte of van getuigen geen inzicht geven in wat ten tijde van het plegen van het feit in de verdachte is omgegaan, bepalend. Daarbij komt nog dat sommige gedragingen naar hun aard zozeer gericht zijn op een bepaald gevolg, dat – behoudens contra-indicaties – alleen al daaruit het voorwaardelijk opzet kan worden afgeleid. In die gevallen hoeft omtrent de innerlijke intentie van de dader verder niets meer te worden vastgesteld.

Toegepast op het concrete geval, waarin het hof had veroordeeld voor poging tot doodslag, pakten deze uitgangspunten voor de verdachte gunstig uit: ten eerste achtte de Hoge Raad het oordeel van het hof dat sprake was van een aanmerkelijke kans op het overlijden van het slachtoffer onjuist dan wel onbegrijpelijk.¹³¹⁵ Ten overvloede overwoog hij in beide zaken bovendien dat het enkele feit dat de verdachte ten tijde van het seksueel contact wist dat hij met HIV besmet was, onvoldoende was om bewezen te kunnen achten dat hij de kans dat hij zijn partner daarmee zou besmetten, dat deze daardoor AIDS zou krijgen en daaraan zou overlijden bewust had aanvaard. Enkele maanden later volgde het HIV II-arrest, waarin de Hoge Raad zijn belangrijkste overwegingen herhaalde.¹³¹⁶

Opmerkelijk aan deze arresten was dat de Hoge Raad in zijn toch behoorlijk principiële beschouwingen niet toelichtte hoe hij tot zijn oordeel kwam, waardoor onduidelijk is welke methode van rechtsvinding hij bezigde. Dit terwijl zijn oordeel niet onomstreden was: het hof had in beide HIV-zaken de aanmerkelijkheid van de kans wel gerelateerd aan het mogelijk zeer ernstige gevolg van besmetting. In zijn conclusie in de HIV I-zaak concludeerde de advocaat-generaal Jörg tot verwerping van het beroep, onder verwijzing naar de opvattingen van Brouns en De Jong over

1314 HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552 m.nt. Buruma. De middelen werden ingediend door J. Boksem.

1315 De Hoge Raad overwoog dat, voorzover het hof aan het begrip ‘aanmerkelijke kans’ een andere betekenis mocht hebben toegekend dan die welke de Hoge Raad even daarvoor had gegeven, het hof van een onjuiste rechtsopvatting was uitgegaan en dat anders zijn oordeel onbegrijpelijk was.

1316 HR 24 juni 2003, NJ 2003, 555. Het middel werd ingediend door A.A. Franken.

een min of meer kwalitatieve opvatting van ‘de aanmerkelijke kans’.¹³¹⁷ De Hoge Raad ging daar niet op in.¹³¹⁸

Nu wel bewuste aanvaarding en een aanmerkelijke kans bij een ‘ongelukje’

In 2004 verscheen een arrest dat veel leek op het arrest over het slaan met een wapen uit 1998.¹³¹⁹ De verdachte in deze zaak was ‘geript’ door het latere slachtoffer en was daarna gewapend met een pistool naar diens huis gegaan om zijn geld en zijn drugs terug te krijgen. De confrontatie liep uit op een worsteling, waarbij de verdachte het slachtoffer met zijn pistool tegen zijn hoofd had geslagen. Dat pistool was op dat moment doorgeladen en de verdachte had het bij de kolf vast. Het pistool ging af. Het slachtoffer werd geraakt en overleed. De verdachte stelde dat dit niet zijn intentie was en dat hij niet eens wist of het wapen geladen was of niet. Het hof achtte voorwaardelijk opzet op doodslag echter bewezen, waarbij het mede in aanmerking nam dat de verdachte met het wapen geslagen had zonder zich ervan te vergewissen of het geladen was of niet.

Anders dan in 1998 billijkte de Hoge Raad dit oordeel. Hij herhaalde letterlijk de maatstaf zoals hij die in het HIV I-arrest had gegeven, maar verbeterde wel de motivering die het hof had gegeven.¹³²⁰

Mevis vond dat dit arrest niet zozeer blijk gaf van een nieuwe koers (hij dacht dat het tegenovergestelde oordeel waarschijnlijk ook in stand gebleven zou zijn), als wel van de door de Hoge Raad kennelijk gevoelde noodzaak de lagere rechter college te geven omtrent de juiste toepassing van de maatstaf voor voorwaardelijk opzet.¹³²¹

Toch lijkt het dat de Hoge Raad hier minder streng in de leer was dan in het arrest uit 1998. Uit de vrij uitvoerige overwegingen die de Hoge Raad aan de zaak wijdde ontstaat de indruk dat hij zich goed kon vinden in het materiële oordeel dat het hof had gegeven. Of een vrijspraak ook in stand gebleven zou zijn valt daarom te betwifelen.¹³²²

1317 Ook Franken refereerde in de toelichting op zijn middel in de HIV II-zaak aan de opvatting van De Jong (zie het arrest onder 2.17). Voorts wees hij op jurisprudentie van het EHRM ter ondersteuning van zijn standpunt dat het voor de seksuele partner geheimhouden van besmetting met HIV een rechtens te respecteren belang is dat in de beschouwingen omtrent voorwaardelijk opzet dient te worden betrokken (zie het arrest onder 2.30).

1318 Preciezer uitgedrukt: hij overwoog dat er geen grond is de inhoud van het begrip ‘aanmerkelijke kans’ afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg.

1319 HR 24 februari 2004, NJ 2004, 375 m.nt. Mevis.

1320 Door te overwegen wat het hof ‘klaarblijkelijk’ had bedoeld, in welke overweging de Hoge Raad de specifieke omstandigheden noemde die hij zelf doorslaggevend achtte – waardoor kan worden gezegd dat hij zich hier inliet met de waardering van de feiten.

1321 Mevis vond dat overigens terecht.

1322 De indruk dat de Hoge Raad toch een andere toon aansloeg wordt versterkt door het feit dat deze uitspraak uit 2004 werd gegeven door een 5-kamer, waarin bovendien niet een van de raadsheren zitting had die (in een 3-kamer) het arrest van 1998 hadden gewezen. Het is natuurlijk speculatief, maar het zou kunnen dat meer oog was ontstaan voor de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de uitkomst.

Levensgevaarlijk rijden

In 2004 deed de Hoge Raad uitspraak in drie verkeerszaken, waarin het voorwaardelijk opzet op doodslag – met name het aspect van de aanvaarding van de kans – telkens werd afgeleid uit de (levensgevaarlijke) wijze van rijden. Ook hier was sprake van toepassing van de inmiddels tot standaard verheven maatstaf, maar bleven de veroordelingen in stand.¹³²³

In het arrest van 20 januari 2004 was een bestuurder die geconfronteerd werd met een bumperklever bovenop zijn rem gaan staan, terwijl beide voertuigen meer dan 100 km per uur reden. De bumperklever reed hierdoor tegen een boom. De Hoge Raad overwoog onder meer dat de verdachte, zich bewust zijnde van de situatie, hard en onverhoeds had geremd, welke gedraging geëigend was de achter hem rijdende persoon in ernstig gevaar te brengen. Dat was ook gebleken: deze overleefde het ongeval niet.

In het arrest van 30 maart 2004 was ook al sprake van een conflict in het verkeer. In dit geval joeg de verdachte met zijn auto (die overigens op zijn aanwijzingen werd bestuurd door zijn vrouw waarbij hij regelmatig aan het stuur trok) de ‘tegenpartij’ zodanig op dat deze tegen een boom reed. In dit geval waren 3 doden te betreuren. De verdachte werd veroordeeld voor doodslag; zijn hiertegen gerichte cassatiemiddel deed de Hoge Raad af met artikel 81 RO.

In de uitspraak van 17 februari 2004 was de verdachte stomdronken in zijn auto (een zware terreinauto) gestapt en met enorme snelheid door het drukke uitgaanscentrum van een stadje gereden. Een fietser overleefde dat niet. Het hof achtte voorwaardelijk opzet op doodslag bewezen. Een van de middelen richtte zich tegen de met die bewezenverklaring in strijd lijkende overweging van het hof dat (kort gezegd) de verdachte niet bewust de kans had aanvaard dat ook hijzelf het leven zou laten. De Hoge Raad oordeelde dat de juistheid van die overweging in het midden kon blijven, omdat de overige gronden waarop het hof zijn oordeel had doen steunen zelfstandig het oordeel konden dragen dat de verdachte voorwaardelijk opzet op de dood van de fietser had. De Hoge Raad overwoog hieromtrent nog dat uit de vastgestelde feiten bleek dat de verdachte zich niet had bekommerd om de gevolgen van zijn handelen voor vooral zwakkere verkeersdeelnemers en zich derhalve willens en wetens had blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat zijn handelen iemands dood tot gevolg zou hebben. Zijn eigen verklaring deed hier dus in het geheel niet ter zake.¹³²⁴

De HIV III- en IV-arresten

In 2005 zag het HIV III-arrest het licht – een zeer interessant arrest, omdat de Hoge Raad hierin (evenals in het hieronder te bespreken HIV IV arrest) van een zuiver

1323 HR 20 januari 2004, NJ 2004, 214; HR 30 maart 2004, LJN: AO3242; HR 17 februari 2004, NJ 2004, 323. De middelen in deze zaken werden ingediend door respectievelijk het duo G.P. Hamer en A.M. Ficq-Kengen, Spong en het duo J.L.A.M. le Cocq d’Armandville en J.Y. Taekema.

1324 Nu de verdachte had verklaard zich helemaal niets van het gebeurde te kunnen herinneren was dat overigens ook niet mogelijk geweest.

juridische (of in ieder geval consequente) benadering lijkt te hebben afgezien om aan strafbaarstelling van onveilige seksuele gedragingen te ontkomen.¹³²⁵

Aan dit arrest ligt dezelfde casus ten grondslag als aan HIV I: de zaak kwam opnieuw bij de Hoge Raad nadat het hof de verdachte wederom had veroordeeld – maar nu voor poging tot zware mishandeling in verband met het risico op besmetting met het HIV-virus.

De Hoge Raad, die in het HIV II-arrest nog met zoveel woorden had overwogen dat het bewezen verklaarde zware mishandeling zou hebben opgeleverd en aldus de weg leek te openen naar veroordeling voor dat feit, bleek nu toch terughoudender. Hij achtte het oordeel van het hof, dat de verdachte door het hebben van onbeschermd seks met het slachtoffer een aanmerkelijke kans op het toebrengen van lichamelijk letsel in het leven had geroepen, ontoereikend gemotiveerd. Dit maal stelde de Hoge Raad omtrent de aanmerkelijkheid van de kans voorop dat de beantwoording van de vraag, of het handelen een dergelijke kans in het leven roept, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Daarbij komt betekenis toe aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Hij oordeelde dat het risico van besmetting met het HIV-virus door onbeschermd seksueel contact op zichzelf naar algemene ervaringsregels, zonder bijkomende risicoverhogende omstandigheden, niet als aanmerkelijk is te beschouwen, ondanks het gevaarzettende karakter ervan. In de daarop volgende overweging kwam de aap uit de mouw: de Hoge Raad liet weten dat het aan de wetgever is te beslissen of in dit soort (gevaarzettende) kwesties het strafrecht moet worden ingezet.

De Jong toonde hiervoor in zijn noot begrip. Hij wees op de mogelijk ongunstige gevolgen van toepassing van het strafrecht op onveilige seksuele contacten, voor welk gevaar door een aantal maatschappelijke organisaties was gewaarschuwd. Ook noemde hij de ingewikkelde, principiële vragen omtrent de medeverantwoordelijkheid van de partner bij het aangaan van het seksuele contact, die bij een ruime interpretatie van de relevante strafrechtelijke bepalingen op het bordje van de strafrechter terecht zouden komen.

In het HIV IV-arrest uit 2007 ging de Hoge Raad nog een stap verder.¹³²⁶ In het onderliggende geval had de verdachte tegenover zijn partner ontkend dat hij met HIV besmet was en had vele malen onbeschermd seksueel contact met hem gehad, waardoor zijn partner eveneens met het HIV-virus besmet was geraakt. Het hof had de verdachte veroordeeld voor zware mishandeling, waarbij naar zijn oordeel sprake was van voorwaardelijk opzet.

De Hoge Raad casseerde – tegen het advies van zijn advocaat-generaal in – omdat het hof ten onrechte had aangenomen dat sprake was geweest van de aanmerkelijke kans op besmetting.¹³²⁷ Hij wees uitdrukkelijk en onder verwijzing

¹³²⁵ HR 18 januari 2005, NJ 2005, 154 m.nt. D.H. de Jong. Het middel werd ook nu ingediend door J. Boksem.

¹³²⁶ HR 20 februari 2007, NJ 2007, 313 m.nt. Buruma. Het middel werd ingediend door Spong.

¹³²⁷ Hij overwoog daartoe onder meer dat het voorliegen van de partner weliswaar iets zegt over de aanvaarding, maar niets over de aanmerkelijkheid van de kans. De HR wees voorts op het HIV III-arrest waarin hij had geoordeeld dat seksueel contact wel gevaarzettend is, maar geen aanmerkelijke kans op besmetting oplevert, behoudens bijzondere bijkomende omstandigheden. De in dit geval gemaakte statistische kansberekening (waaruit naar voren kwam dat naar medisch

naar de opvattingen van de betrokken ministers op het belang van terughoudendheid bij de toepassing van het strafrecht op dit soort gedragingen. Buruma stelde dat dit arrest niet in overeenstemming was met de geldende jurisprudentie inzake voorwaardelijk opzet, maar eenvoudigweg een rechtspolitieke boodschap was.

Dit arrest is een fraai voorbeeld van een kennelijke worsteling van de Hoge Raad met zijn eigen jurisprudentie teneinde te komen tot de gewenste uitkomst (niet-strafbaarheid van onbeschermd seks door met HIV-besmette mensen). Die worsteling leidde zelfs tot een vanuit die jurisprudentie niet of nauwelijks meer verdedigbare uitkomst.

De Savanna-zaak

Ook in 2007 deed de Hoge Raad uitspraak in de beruchte Savanna-zaak, waarin de verdachte haar dochter zodanig verwaarloosd en mishandeld had, dat het kind kwam te overlijden.¹³²⁸ In deze zaak ging het weer over het subjectieve aspect van het voorwaardelijk opzet: de welbewuste aanvaarding van de kans.

Het hof achtte voorwaardelijk opzet op de dood aanwezig, omdat de wijze waarop de verdachte de ademhaling van het meisje had belemmerd naar zij wist zodanig gevaarlijk was dat een aanmerkelijke kans bestond dat het kind daaraan zou overlijden. Het tegen die overwegingen gerichte cassatiemiddel¹³²⁹ hield in dat de moeder de kans op het overlijden van Savanna niet had aanvaard, mede omdat het hof haar sterk verminderd toerekeningsvatbaar had geacht.¹³³⁰

De Hoge Raad verwierp deze klacht met een verwijzing naar de vaststellingen van het hof. Daaruit bleek dat de verdachte (kort gezegd) had begrepen dat haar handelen levensbedreigend kon zijn en daar desalniettemin mee was doorgegaan en het kind hulpeloos had achtergelaten. De Hoge Raad oordeelde dat het hof gelet op deze vaststellingen kon oordelen dat de verdachte voorwaardelijk opzet op de dood van het meisje had gehad. Dat zij had verklaard dat zij Savanna's dood niet had gewild en nog getracht had haar te reanimeren deed daaraan niet af. Dat zij leed aan een psychische stoornis kennelijk evenmin.

Buruma wees in zijn noot onder dit arrest op het feit dat de officier van justitie meende dat het feit dat de verdachte haar dochter vele malen eerder op deze en andere wijze had mishandeld, terwijl dat toen steeds niet tot haar dood had geleid,

inzicht de kans op besmetting als hoog moest worden gekwalificeerd) en de intensiviteit van de contacten maakten dat oordeel niet anders. Aan het hof werd toegegeven dat de vastgestelde omstandigheden wel risicoverhogend waren, maar de Hoge Raad kwalificeerde ze niet als de 'bijzondere bijkomende omstandigheden' waarop hij in het HIV III-arrest doelde.

1328 HR 19 juni 2007, NJ 2008, 169 m.nt. Buruma.

1329 Ingediend door A.C. Huisman en A.R. Maarsingh en in de conclusie van de advocaat-generaal Machielse weergegeven onder 3.7 en 3.8.

1330 Daartoe werd aangevoerd dat zij ten eerste tengevolge van haar psychische stoornissen niet of nauwelijks had kunnen invoelen of begrijpen wat de gevolgen van haar gedrag voor Savanna waren. Dit tastte naar het oordeel van de opstellers van het middel a. de wetenschap van de kans, en b. het bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans aan. Bovendien was de verdachte vlak voor de bewezen verklaarde gedraging blij geweest dat Savanna niet dood was en had zij vlak na de gedraging nog een reanimatiepoging gedaan. Ook daaruit had moeten worden afgeleid dat de verdachte de kans op het overlijden van Savanna niet had aanvaard.

meebracht dat de bewustheid van de aanmerkelijke kans op het overlijden niet bewijsbaar was. Buruma dacht in het arrest te lezen dat de Hoge Raad juist de duur van de mishandelingen een argument vond om het ‘willen aanvaarden’ te onderbouwen en aldus liet zien dat de ‘perfade wil’ een zwakke wetenschap kan compenseren. In de overwegingen van de Hoge Raad kan echter evenzeer worden gelezen dat hij het bewijs voor de wetenschap ontleende aan de verklaring van de verdachte over een eerder incident.¹³³¹

Voorwaardelijk opzet in de sport

In 2008 deed de Hoge Raad uitspraak in de zaak tegen een profvoetballer die bij een wilde tackle een tegenstander zwaar verwondde.¹³³² De verdachte had gesteld dat hij niet het opzet had zijn tegenstander te raken, maar de bal te ‘blokken’.

De Hoge Raad overwoog dat het feit dat een gedraging in het kader van sport of spel plaatsvindt – anders dan in het middel was betoogd – niet betekent dat andere maatstaven voor de beoordeling van het opzet moeten worden aangelegd. Hij achtte daarom het oordeel van het hof dat sprake was van voorwaardelijk opzet op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel, gelet op de uiterlijke verschijningsvorm van het handelen van de verdachte, waarbij mede een rol speelde dat sprake was van een flagrante schending van de spelregels, niet onbegrijpelijk.

Poging doodslag: de uiterlijke verschijningsvorm van in het water rijden

Een bijzondere vorm van een poging tot doodslag leidde tot een arrest uit 2009.¹³³³ Een man reed, met zijn ex-echtgenote en zijn dochtertje in de auto, kennelijk zonder enige van buiten komende aanleiding, een kanaal in. Hij klom vervolgens uit de auto en redde zijn dochtertje. Zijn ex-echtgenote wist eveneens de auto te verlaten en de kant te bereiken. Zij deed later aangifte en verklaarde dat de verdachte ineens naar links had gestuurd, haar met een kille blik had aangekeken en zonder iets te zeggen in het water was gereden.

¹³³¹ De Hoge Raad overwoog hieromtrent het volgende: ‘2. Het Hof heeft (...) vastgesteld dat:
(i) de verdachte wist dat het in de mond stoppen van een washandje voor kinderen levensbedreigend kon zijn;
(ii) de verdachte op 20 september 2004 heeft gezien dat – haar toentertijd drieënhalve jaar oude dochter Savanna kokhalsde omdat zij een washandje in haar mond had, terwijl haar ogen wegdraaiden alsof zij stikte;
(iii) de verdachte desondanks later op die dag het hoofd van Savanna met een verband heeft omwikkeld, terwijl zij een washandje in haar mond had;
(iv) de verdachte, die zich bewust was van de slechte lichamelijke conditie van Savanna op 20 september 2004 en haar op die dag meermalen ernstig had mishandeld, Savanna vervolgens in een hulpeloze toestand heeft achtergelaten, terwijl deze in een zeer kleine ruimte onder haar bed lag.
4.3. Tegen de achtergrond van deze vaststellingen geeft het oordeel van het Hof dat de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat Savanna ten gevolge van haar handelen zou komen te overlijden, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.’

¹³³² HR 22 april 2008, NJ 2008, 375 m.nt. Keijzer. Het middel werd ingediend door A.A. Franken.

¹³³³ HR 29 september 2009, NJ 2010, 117 m.nt. Keijzer.

De verdachte werd vervolgd voor poging tot doodslag. Hij verweerde zich door te stellen dat hij niet begreep wat er gebeurd was. Iets had zijn auto plotseling naar links getrokken¹³³⁴ en hij had niet tijdig kunnen corrigeren. Hij ontkende enig opzet.

Het hof achtte voorwaardelijk opzet op doodslag bewezen, gezien de uiterlijke verschijningsvorm van het handelen en nu niets anders dit handelen kon verklaren dan genoemd opzet.

In cassatie werd aangevoerd dat het hof voorbij was gegaan aan diverse contraindicaties voor (voorwaardelijk) opzettelijk handelen, waaronder het gegeven dat de verdachte niet geacht kon worden zijn eigen leven en dat van zijn dochtertje in gevaar te hebben willen brengen, terwijl die door het te water raken van het voertuig wel degelijk in gevaar waren gebracht.¹³³⁵

De Hoge Raad ging echter uit van de vaststelling van het hof dat de verdachte de auto doelbewust in het water had gereden en beperkte zich tot de vraag of kon worden aangenomen dat de verdachte de aanmerkelijke kans had aanvaard dat zijn ex-vrouw daardoor het leven zou laten. Hij ging derhalve voorbij aan het feit dat de middelen geacht konden worden zich mede tegen genoemde vaststelling te richten.¹³³⁶ Aldus was hij snel klaar met het voorwaardelijk opzet: het hof had geen onjuist of onbegrijpelijk oordeel gegeven en hoefde ook niet nader te motiveren. Hij wees er nog op dat het Porsche-arrest geen vergelijkingsmateriaal opleverde, nu hier sprake was van een doelbewuste geweldshandeling.

In zijn noot bij dit arrest gaf Keijzer een rechtsvergelijkend overzicht van het onderwerp voorwaardelijk opzet en daarmee vergelijkbare begrippen in de Franse, Duitse en Angelsaksische rechtssystemen. Hij liet zien dat de Nederlandse opvatting, in navolging van de Duitse, een stap verder gaat dan de Franse en de Angelsaksische opvattingen door de kansaanvaarding als een vorm van opzet te beschouwen. Hij vond die stap – naar uit zijn formulering kan worden afgeleid – eigenlijk in strijd met het *nullum crimen*-beginsel, omdat voor een verdachte die bijvoorbeeld een verkeersdelict heeft begaan, de kwalificatie van zijn handelen als (poging tot) doodslag of soortgelijk misdrijf niet voorzienbaar is.

Voor wat betreft de onderhavige zaak wees hij erop dat het met een auto het water inrijden helemaal niet zo duidelijk op de dood is gericht, nu dat gevolg niet met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid van dit handelen kan worden verwacht. Daarom, zo stelde hij, koos het hof waarschijnlijk voor de constructie van voorwaardelijk, in plaats van onvoorwaardelijk opzet. Maar met die kansaanvaarding had Keijzer het moeilijk, omdat hem niet duidelijk was geworden

1334 Uit de bewijsmiddelen komt naar voren dat ter plaatse uitvoerig onderzoek was gedaan, waarbij de sporen waren onderzocht en aan de hand daarvan een reconstructie was uitgevoerd. De onderzoekers kwamen tot de conclusie dat de sporen niet overeenkwamen met de verklaring van de verdachte en dat het niet anders kon dan dat hij zijn auto opzettelijk het kanaal in had gestuurd.

1335 De middelen werden ingediend door G.P. Hamer en B.P. de Boer.

1336 Wellicht had daarin onderscheid moeten worden gemaakt tussen het bezwaar tegen het opzet op het in het water rijden en het opzet op de gevolgen daarvan. Daarbij moet echter worden aangetekend dat de kansen van een dergelijk eerste middel waarschijnlijk – gelet op de hoofdregel van het bewijsrecht – klein waren geweest.

wat de verdachte precies had beoogd of aanvaard. De Hoge Raad zag daar dus als gezegd geen probleem in.

Voorwaardelijk opzet op hennepsteelt

De laatste jaren is een aantal arresten verschenen waaruit moet worden afgeleid dat de eigenaar of (onder)verhuurder van een pand waarin een hennepkwekerij wordt aangetroffen zeker niet zonder meer als mededader of als medeplichtige van dat feit mag worden aangemerkt, ook niet als sprake is van ‘verdachte omstandigheden’ rond de verhuur en de verhuurder een verleden heeft op het gebied van de hennepsteelt.¹³³⁷ Een onderzoeks- of controleplicht heeft de Hoge Raad ook in die gevallen niet aangenomen.

Zo was in de zaak die ten grondslag lag aan het arrest van 3 november 2009 sprake van een verdachte die een door hem gehuurd bedrijfspand (ondanks een contractueel verbod daartoe) had doorverhuurd aan hem (naar zijn zeggen) onbekende derden die hij verder niet kende of kon traceren.¹³³⁸ In dat pand werd een hennepkwekerij aangetroffen. De verdachte ontkende daarvan op de hoogte te zijn geweest. Het hof veroordeelde hem desalniettemin voor medeplichtigheid aan het telen van hennep, omdat hij, naast de hiervoor genoemde omstandigheden, in het recente verleden al viermaal eerder bedrijfspanden had gehuurd en doorverhuurd, waarin vervolgens hennepkwekerijen waren aangetroffen, hij zelf eens een hennepkwekerij had gehad en hij geen controle had uitgeoefend op het gebruik van de loods. Aldus had hij naar het oordeel van het hof voorwaardelijk opzet gehad op medeplichtigheid aan het kweken van hennep.

De Hoge Raad oordeelde echter dat dit niet zonder meer uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid. Hij volgde hiermee zijn advocaat-generaal (Vellinga), die erop wees dat over de eerdere gevallen en de overige omstandigheden onvoldoende was vastgesteld of gebleken om de conclusie van medeplichtigheid mede op basis daarvan te kunnen trekken.

In een ander arrest van dezelfde datum hield de verdachte, die hoofdhuurder was van het kantoorpand waarin een hennepkwekerij werd aangetroffen, daarin zelf kantoor.¹³³⁹ Het hof overwoog onder meer dat in de directe omgeving van het pand een sterke hasjlucht hing, dat de huur contant werd voldaan, dat nadat de verdachte het pand had gehuurd daarin een extra muur was gezet die de kwekerij aan het oog onttrok en dat de verdachte een recidivist op het gebied van hennep was en mede daarom voldoende zicht had moeten houden op wat zich in het pand afspeelde. Ook deze uitspraak werd door de Hoge Raad vernietigd.¹³⁴⁰

1337 Zie bijvoorbeeld HR 2 juni 2009, LJN: BI1014; HR 3 november 2009, LJN: BJ6931; HR 16 november 2010, LJN: BN8363.

1338 HR 3 november 2009, NJ 2010, 335 m.nt. Borgers, onder NJ 2010, 337. Het middel werd ingediend door M.J.J.E. Stassen.

1339 HR 3 november 2009, NJ 2009, 336 m.nt. Borgers, onder NJ 2010, 337. Het middel werd ingediend door V.P.J. Tuma.

1340 Borgers zag in beide uitspraken niet meer dan het ‘gewone’ toetsen van een niet sluitende bewijsconstructie. Weliswaar was gebleken dat de verdachten hadden moeten weten dat er iets niet pluis was of zelfs wat er in de loodsen gebeurde, maar dit achtte hij niet hetzelfde als het weten

De aanmerkelijkheid van de kans: het gooien van een glas

Over de aanmerkelijkheid van de kans, het (in ieder geval tot dan toe) objectieve bestanddeel van de maatstaf voor voorwaardelijk opzet, ging het weer eens in een arrest van 10 januari 2012.

In een uitgaansgelegenheid was tussen twee groepen jongens ruzie ontstaan om een paar meisjes waarbij de verdachte vanuit de ene groep een glas naar iemand uit de andere groep had gegooid. Deze werd geraakt en daardoor lelijk gewond.

De verdachte werd vervolgd terzake van zware mishandeling. In hoger beroep beriep hij zich erop dat het een ongelukje was geweest. Het glas was bij het maken van een 'wegwerpgebaar' per ongeluk uit zijn hand gevlogen. Bovendien stelde hij dat de kans dat daardoor iemand ernstig gewond zou raken niet erg groot was. Het hof achtte de verklaring van de verdachte echter niet geloofwaardig en achtte bewezen dat hij het glas opzettelijk had gegooid. Omtrent de kans op het gevolg overwoog het dat het gooien van een glas onder de uit de bewijsmiddelen blijkende omstandigheden de aanmerkelijke kans op ernstig letsel met zich bracht.

Met dat laatste was de Hoge Raad het niet eens. Hij verwees naar de jurisprudentiële regel dat het moet gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk is te achten en concludeerde dat het hebben bestaan daarvan niet uit de bewijsmiddelen volgde. Het betreffende onderdeel van het middel slaagde.¹³⁴¹

Keulen besprak in zijn noot de discussie over de vraag of de aanmerkelijkheid van de kans nu objectief (kwantitatief) of normatief bepaald moet worden. De Hoge Raad koos doorgaans, met uitzondering van de laatste HIV-arresten, voor de objectieve kans. Keulen voelde echter wel voor een normatieve bepaling, omdat de kwantitatieve kans in het algemeen niet berekend is of kan worden, en de rechter daarom in feite een machtswoord spreekt als hij beslist dat een kans al dan niet aanmerkelijk is. In de normatieve benadering zou hij een machtswoord spreken dat meer des rechters is, omdat het daarin gaat om de aanvaardbaarheid van het risico dat de verdachte heeft genomen, gelet op de mogelijke gevolgen daarvan. Hij meende tekenen te ontwaren dat de Hoge Raad in ieder geval geen behoefte heeft aan deskundige kansberekening, maar aan een motivering waarin de aanmerkelijkheid van de kans wordt onderbouwd.

van de hennepsteelt en de aanwezigheid van hennep, dan wel de aanmerkelijke kans daarop. Dat laatste lijkt betwistbaar. Weten 'wat er in de loods gebeurde' komt nu immers juist wel neer op hennepsteelt.

1341 De middelen werden ingediend door J. Boksem.

Conclusie

De belangrijkste ontwikkeling op het terrein van het voorwaardelijk opzet is dat de Hoge Raad in het midden van de negentiger jaren het voorwaardelijk opzet nadrukkelijk is gaan afbakenen van dat van de bewuste schuld en de feitenrechter heeft gedwongen zijn oordeel expliciet te motiveren. Daarbij was hij kritisch op zowel de motivering van de bewustheid waarmee een risico was aanvaard, als op de motivering betreffende de grootte van dat risico. In recentere jurisprudentie is een aantal malen de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging eerder de doorslag gaan geven. Door deze kritische toets aan te leggen waar, naar het lijkt, de Hoge Raad constateerde dat het voorwaardelijk opzet te gemakkelijk door de feitenrechter werd gehanteerd, heeft zijn jurisprudentie over dit onderwerp een rechtsbeschermend effect gehad.

Een aparte categorie vormden (zeker de latere) HIV-arresten, waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk strafbaarheid van onbeschermd seksuele contacten heeft tegen willen houden.

De henneparresten vormen ook een aparte categorie, maar dat wordt veroorzaakt door het feit dat de onderliggende zaken a-typisch zijn omdat daarin, anders dan bij de overige zaken, de vraag naar de betrokkenheid bij een door een ander gepleegde verboden gedraging aan de orde is. Ook hier is de Hoge Raad rechtsbeschermend opgetreden.

*10.2.2 Noodweer en noodweerexcès**Uitbreiding extensief noodweerexcès*

Op het terrein van het noodweer en noodweerexcès deed de Hoge Raad in 1988 – het eerste jaar van het onderzochte tijdvak – direct al een belangrijke uitspraak.¹³⁴²

Met dit arrest gaf de Hoge Raad uitbreiding aan het extensief noodweerexcès, in die zin dat daarvan ook sprake kan zijn wanneer de ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding (die altijd noodzakelijk is om van noodweer(excès) te kunnen spreken) al is afgelopen. De casus betrof een geval waarin het slachtoffer had getracht de verdachte in zijn kruis te schoppen. Deze had daarop gereageerd door het slachtoffer een paar klappen te geven. In hoger beroep voerde hij als verweer dat deze klappen waren gegeven in een reflex en (dus) in een onmiddellijke en rechtstreekse reactie op de trap van het slachtoffer. Het hof stelde vast dat deze reactie niet werd ingegeven door de vrees voor een herhaalde aanval en verwierp daarom, in lijn met de tot dan toe vigerende jurisprudentie, het verweer. In het middel werd onder meer betoogd dat het hof de mogelijkheid had veronachtzaamd dat de verdachte had geslagen onder invloed van een hevige gemoedsbeweging.¹³⁴³

¹³⁴² HR 18 oktober 1988, NJ 1989, 511 m.nt. GEM. Het middel werd ingediend door J. Hermes.

¹³⁴³ Deze zou zijn veroorzaakt doordat gepoogd was tegen zijn geslachtsorganen te trappen.

De Hoge Raad achtte het middel gegrond, omdat de mogelijkheid openbleef dat het excessieve handelen van de verdachte inderdaad het onmiddellijk en rechtstreeks gevolg van de wederrechtelijke aanranding was geweest.

Mulder stelde in zijn noot dat aldus de twee vormen van noodweerexces, de intensieve en de extensieve overschrijding van de geoorloofde noodweer, op een lijn waren gebracht. Zomin als men zich bij intensief noodweerexces hoeft af te vragen of daaraan een geoorloofde reactie is voorafgegaan, hoefde men zich vanaf nu af te vragen of extensief noodweerexces is voorafgegaan door een geoorloofde verdediging binnen de tijdsbegrenzing die door de wederrechtelijke aanval wordt gegeven.

Culpa in causa: correctiemechanisme achteraf?

In de verdere periode zouden het subsidiariteitsvereiste en ‘culpa in causa’ (twee leerstukken die niet altijd even duidelijk van elkaar zijn te onderscheiden) in de noodweerbepaling een belangrijke rol gaan spelen. Ter introductie van dit onderwerp, dat hierna als een rode draad door de bespreking loopt, volgt eerst een uitstapje naar het leerstuk van de psychische overmacht.

In 1989 deed de Hoge Raad met betrekking tot ‘culpa in causa’ een principiële uitspraak op het terrein van de psychische overmacht.¹³⁴⁴ In de betreffende zaak was de verdachte, (om het dramatisch te zeggen) een verstoten minnares, midden in de nacht in beschenken toestand naar de woning van haar eveneens dronken te ex-minnaar gegaan, die haar eerder al op zeer botte wijze had bejegend. In die woning had zij hem op enig moment in een opwelling van hevige emotie doodgestoken. Het hof verwierp haar beroep op psychische overmacht, omdat het vond dat de verdachte zich vrijwillig had begeven in een situatie waarin haar hevige gemoedsbeweging voorspelbaar – en de geweldsuitbarsting niet denkbeeldig was en zij daarom niet naar het slachtoffer toe had mogen gaan.

De Hoge Raad oordeelde dat de verwerping van het beroep op psychische overmacht op deze gronden ondeugdelijk was, omdat niet uitgesloten was dat de verdachte niettemin had gehandeld onder invloed van een drang waaraan zij geen weerstand had kunnen bieden en zonder dat zij zich daaraan willens en wetens had blootgesteld.

Annotator ‘t Hart wees erop dat de Hoge Raad hiermee een keuze maakte voor het hanteren van ‘culpa in causa’ als correctiemechanisme achteraf, eerst nadat was vastgesteld dat zich een overmachtsituatie voordeed, en dus niet uit was gegaan van anterieure verwijtbaarheid waardoor men aan de vraag of zich een overmachtsituatie voordeed niet meer zou toekomen.

Rotterdamse doodslag: proportionaliteit

Bij de beoordeling van noodweer en noodweerexces was de Hoge Raad echter minder helder.

¹³⁴⁴ HR 13 juni 1989, NJ 1990, 48 m.nt. ‘tH. De middelen werden ingediend door Spong.

In een arrest van dezelfde datum als het zojuist besproken psychische overmacht-arrest was een boeiend geval van noodweerexces aan de orde.¹³⁴⁵ In een Rotterdams café beroofde de ene junk de ander onder bedreiging van een mes. Die ander, de latere verdachte, liet dat niet op zich zitten en probeerde meteen de buit (een tientje en minder dan een gram cocaïne) eveneens met gebruik van een mes terug te veroveren. De mannen staken elkaar, waarbij de berover kwam te overlijden.

De verdachte beriep zich op noodweer(exces). Het hof verwierp dat verweer, overwegend dat gezien de extreme wanverhouding tussen het diefstalletje enerzijds, en de risico's die verbonden waren aan de verdediging door de verdachte van zijn eigendommen (welke risico's de verdachte kende) anderzijds, geen sprake was van een noodweersituatie.¹³⁴⁶ Dat oordeel hield (natuurlijk, zou je nu zeggen) geen stand: de Hoge Raad overwoog dat zo een wanverhouding wel een rol kon spelen bij de beoordeling van de vraag of de wijze waarop de verdediging werd gevoerd geboden was, maar dat niet kon worden gezegd dat geen sprake was van een noodweersituatie. Interessant is dat de advocaat-generaal Leijten het met het hof eens was: als het risico op moord en doodslag reëel dreigt moet men een kleine diefstal maar laten gebeuren en zich beperken tot het doen van aangifte.

Mulder veronderstelde in zijn annotatie dat het hof zich mogelijk had gebaseerd op de opvatting van Modderman, die ten tijde van de invoering van de noodweerbepaling in de Tweede Kamer had gesteld dat voor het aannemen van een noodweersituatie sprake moet zijn van een dubbele noodzakelijkheid: zowel de verdediging zelf als de wijze waarop die werd gevoerd moest noodzakelijk zijn. Uit dit arrest werd duidelijk dat die redenering door de Hoge Raad niet werd gevolgd. Maar welke wel was evenmin geheel duidelijk.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad hier de vaststelling dat sprake was van wederrechtelijke aanranding van (in dit geval) een goed, voldoende achtte om een noodweersituatie aan te nemen en pas daarna wilde beoordelen of de verdediging in dat geval noodzakelijk was (het subsidiariteitsvereiste) en op proportionele wijze (het proportionaliteitsvereiste) was uitgevoerd. Ongeveer op de manier waarop hij op dezelfde dag het psychische overmachtgeval behandelde.

Opnieuw 'culpa in causa' als correctiemechanisme achteraf

Ongeveer een jaar later deed zich de vraag voor of een beroep op noodweer(exces) mogelijk is wanneer de verdachte al vóór de wederrechtelijke aanranding van plan was zijn slachtoffer te vermoorden.¹³⁴⁷

De verdachte in deze zaak kocht een pistool om een eind te maken aan bedreigingen door twee mannen door hen dood te schieten. Met de bedoeling zijn

¹³⁴⁵ HR 13 juni 1989, NJ 1990, 193 m.nt. GEM.

¹³⁴⁶ In zijn middel protesteerde de raadsman, Le Cocq d'Armandville, hevig tegen de kwalificatie van de diefstal als een 'geringe aanranding'. Het ging hier zijns inziens niet om een geval vergelijkbaar met dat van de boer die vanuit zijn luie stoel op appels stelende jongetjes schiet, maar met dat van de hongerige zwerver die met het mes op de keel wordt beroofd van zijn laatste homp brood. 'Value is in the eye of the beholder...'

¹³⁴⁷ HR 18 mei 1990, NJ 1991, 579 m.nt. Th.W.v.V. De middelen werden ingediend door R.J. Duttenhofer.

voornemen uit te voeren (zo werd althans door het hof aangenomen) begaf hij zich met zijn aankoop naar het huis van een van hen. In hoger beroep stelde hij daar vervolgens door een van die mannen te zijn aangevallen. Hij schoot, naar zijn zeggen in reactie hierop, twee maal op het slachtoffer en raakte hem in zijn been en zijn gezicht. Hierop vluchtte het slachtoffer, maar de verdachte schoot voor een derde maal en raakte hem in zijn rug. Dit bleek het dodelijke schot.

Het hof veroordeelde wegens moord en verwierp het beroep op noodweer(exces), omdat, voorzover al sprake zou zijn geweest van een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding door het slachtoffer, deze gelet op het plan van de verdachte van ondergeschikte betekenis was. Voorts stelde het hof vast dat niet aannemelijk was geworden dat ten tijde van het derde schot sprake was van een aanranding. Nu het hof echter in het midden had gelaten of tijdens het eerste en het tweede schot wel van een noodweersituatie sprake was geweest, moest de mogelijkheid van een extensief noodweerexces onder ogen worden gezien.

De Hoge Raad deed dat ook en repareerde het oordeel van het hof met de overweging dat daarin besloten lag dat het derde (dodelijke) schot niet het gevolg was van een door een aanranding veroorzaakte hevige gemoedsbeweging. Het achtte deze verwerping van dat verweer begrijpelijk.¹³⁴⁸

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de Hoge Raad het kennelijk niet uitsloten achtte dat een noodweersituatie kan ontstaan wanneer iemand met een ander een confrontatie aangaat, terwijl hij al het voornemen heeft deze persoon te doden. Deze uitspraak ligt voor wat betreft de benadering van het leerstuk in lijn met de vorige: eerst de vraag naar het bestaan van een noodweersituatie, dan pas de vragen naar de mogelijke blokkades van een beroep op noodweer.

Toch anterieure verwijtbaarheid: een incident?

In 1993 ging de Hoge Raad echter een andere kant uit. Het ging om een zaak waarin de verdachte een vrouw had geslagen die tegen zijn auto had geschopt en hem vervolgens, toen hij was uitgestapt, was aangevlogen.¹³⁴⁹ Het hof had het beroep op noodweer(exces) verworpen omdat geen sprake was van een noodweersituatie: de verdachte had zich makkelijk aan de situatie kunnen onttrekken door weer in zijn auto te gaan zitten en weg te gaan.

Hoewel dit laatste in het middel met een beroep op diverse stukken in het dossier werd tegengesproken,¹³⁵⁰ stelde de Hoge Raad dat de vaststelling van het hof dat verdediging in deze niet geboden was feitelijk en niet onbegrijpelijk was en verwierp hij het cassatieberoep. Hij herhaalde dat van noodweerexces alleen sprake

1348 Van Veen vond dat de Hoge Raad iets in het oordeel van het hof las dat daarin nauwelijks te lezen viel. Hij had daarin in zoverre gelijk, dat de woorden 'hevige gemoedsbeweging' daarin niet voorkwamen. Uit het feit dat het hof echter de aanranding van de verdachte op zijn hoogst als 'van ondergeschikt belang' aanmerkte, kan wel worden begrepen dat het hof evenmin onder de indruk zal zijn geweest van de eventuele hevige gemoedsbeweging van de verdachte. Desalniettemin bewoog de Hoge Raad zich hier op het randje van een feitelijke vaststelling.

1349 HR 18 mei 1993, NJ 1993, 691 m.nt. 't H. De cassatiemiddelen werden ingediend door J.F. van der Brugge.

1350 De verdediging betoogde dat de verdachte in een file stond en dus niet weg kon.

kan zijn in een situatie waarin verdediging noodzakelijk was, of direct daarvoor noodzakelijk was geweest.

't Hart toonde zich in zijn noot wat verbaasd over het feit dat de Hoge Raad, anders dan zijn advocaat-generaal, oordeelde dat verdediging niet noodzakelijk was geweest. Gezien het arrest van 13 juni 1990 over de vechtende junks lijkt die verbazing terecht. Dat sprake was geweest van een wederrechtelijke aanranding van zowel het goed als het lijf van de verdachte stond immers vast.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad het voldoen aan de subsidiariteitseis hier alsnog tot voorwaarde voor het aannemen van een noodweersituatie had verheven. Maar ook kan voorzichtig worden gedacht aan de mogelijkheid dat de Hoge Raad de materiële uitkomst van de zaak wel in orde vond.¹³⁵¹

Ja, een incident

In een arrest uit 1996, waarin een veel gevaarlijker confrontatie plaatsvond, viel de beslissing in ieder geval anders uit.¹³⁵² In dat geval had de verdachte geschoten op het slachtoffer, door wie hij eerder die avond al een keer met een vuurwapen was bedreigd. Die bedreiging had plaatsgevonden in of bij het huis van een vriend. Later die avond was de verdachte opnieuw naar dat huis gegaan, omdat hij met die vriend een afspraak had. Wel had hij zekerheidshalve een pistool meegenomen, kennelijk voor het geval hij het latere slachtoffer weer zou tegenkomen. Dat gebeurde ook. De verdachte verklaarde dat deze man als eerste op hem schoot, waarna hij teruggeschoten had. Hij beriep zich dan ook op noodweer(exces).

Het hof verwierp dat verweer omdat de verdachte zelf de confrontatie was aangegaan.

De advocaat-generaal Van Dorst meende dat deze feitelijke vaststelling, dat de verdachte zelf de confrontatie was aangegaan en dat dus geen sprake was geweest van een noodweersituatie, in cassatie geëerbiedigd moest worden en concludeerde tot verwerping van het beroep.

Dat deed de Hoge Raad echter niet. Hij stelde vast dat het hof in het midden had gelaten of het slachtoffer inderdaad als eerste had geschoten en oordeelde dat uit het enkele feit dat de verdachte na het eerdere incident was teruggegaan naar de woning van zijn vriend niet de conclusie kon worden getrokken dat hij de confrontatie had gezocht. Hij achtte de verwerping daarom onvoldoende gemotiveerd en vernietigde het arrest.

In het midden bleef of het zoeken van de confrontatie in de weg kon staan aan het aannemen van een noodweersituatie – maar het leek er gelet op genoemde overweging wel op. De vraag of de verdediging noodzakelijk was geweest kwam hier niet direct aan de orde, maar gelet op zijn beslissing achtte de Hoge Raad kennelijk niet uitgesloten dat ‘terugschieten’ onder omstandigheden noodzakelijk kon zijn.

¹³⁵¹ Het slaan van een vrouw wordt nog wel eens afkeurenswaardig gevonden.

¹³⁵² HR 1 juli 1996, NJ 1996, 753. De middelen waren ingediend door H.W.R. Beerling.

Noodweer in de kas

Een arrest uit 1997 had betrekking op een uit de hand gelopen ruzie in een tuindersfamilie.¹³⁵³ De verdachte in deze zaak liep een kas van zijn broer in om te vragen een aanhanger van zijn pad te verwijderen. Een zoon van die broer – met wie de verdachte al eerder een handgemeen had gehad – sommeerde hem zich te verwijderen, maar de verdachte bleef staan. Zijn neef probeerde hem vervolgens met fysiek geweld te verwijderen en nam hem in een wurggreep. De verdachte kreeg het hierdoor benauwd en stak zijn neef met een schaar in de borst en de buik. De neef overleefde dit en de verdachte werd vervolgd wegens een poging tot zware mishandeling. Zijn beroep op noodweer werd door het hof verworpen met een ‘culpa in causa’-redenering: door in de onderhavige omstandigheden de kas in te gaan en na een sommatie om te vertrekken te blijven staan had de verdachte bewust de confrontatie gezocht. Onder die omstandigheden kon niet van een noodweersituatie worden gesproken.

De Hoge Raad achtte het kennelijke oordeel van het hof, dat de verdachte door de kas binnen te gaan en daar te blijven staan het risico aanvaardde dat zijn neef hem daadwerkelijk en met enig geweld zou trachten te verwijderen, begrijpelijk. Hij nam echter bij zijn beoordeling van de feiten in aanmerking dat de verdachte vrijwel onmiddellijk na de sommatie was geconfronteerd met een ernstige vorm van geweld waaraan hij zich niet meer kon onttrekken en vond het eindoordeel van het hof dat geen sprake was van noodweersituatie daarom toch niet zonder meer begrijpelijk.

De Hullu stelde in zijn noot dat dit arrest past bij de opvatting waarin eigen schuld voor de aanvaarding van strafuitsluitingsgronden een relevante, maar niet per se een doorslaggevende factor is. Hij merkte daarbij op dat de Hoge Raad deze vraag wel bleef koppelen aan het bestaan van een noodweersituatie. Wat De Hullu betreft hoefde dat niet, hij zou de eigen schuld liever een eigen plaats in het geheel van afwegingen willen geven.

Een schietpartij in fasen

Een vreselijke schietpartij leidde in 1999 tot een arrest waarin opnieuw de combinatie van noodweerexces en voorbedachte rade aan de orde was.¹³⁵⁴

Op een Balkanfeest schoot het latere slachtoffer twee vrienden van de verdachte dood. Vervolgens richtte hij op de verdachte en haalde de trekker over. Het wapen weigerde echter. Daarna pakte de verdachte het vuurwapen van zijn doodgeschoten vriend en schoot het slachtoffer neer. Daarna liep de verdachte naar het op zijn buik op de grond liggende slachtoffer toe en schoot hem twee maal in het hoofd.¹³⁵⁵ Het slachtoffer overleed aan hersenletsel. Het hof achtte bewezen dat de verdachte zich door dit laatste schot schuldig had gemaakt aan moord en verwierp het beroep op noodweerexces.

1353 HR 25 april 1997, NJ 1997, 627 m.nt. JdH. De middelen werden ingediend door J.A. Huigen en T.F.C.E. Rikmenspoel.

1354 HR 7 december 1999, NJ 2000, 263 m.nt. JdH. De middelen waren van de hand van J.A. Slot.

1355 Het hele incident werd vastgelegd op een beveiligingscamera. Het betreffende beeldmateriaal speelde een belangrijke rol bij de beoordeling van de feiten.

De Hoge Raad kon zich vinden in het oordeel van het hof dat het handelen van de verdachte kon worden opgedeeld in twee fasen, te weten een deel waarin sprake was van een noodweersituatie en een tweede deel waarin dat niet meer het geval was. Hij verbeterde de overweging van het hof dat in de tweede fase geen sprake was van noodweerexces in die zin dat hij nauwer aansloot bij de tekst van artikel 41 tweede lid Sr. Hij overwoog dat de schoten die de verdachte in die fase had gelost weliswaar het gevolg waren van hevige emoties die in de eerste fase waren ontstaan, maar dat de emoties in de tweede fase niet meer van dien aard waren dat ze konden worden aangemerkt als het onmiddellijk gevolg van een hevige gemoedsbeweging in de zin van genoemde bepaling. Daarbij wees de Hoge Raad op de vaststelling van het hof dat de verdachte, nadat hij had geconstateerd had dat de kust veilig was, tot een vastberaden en doeltreffende actie was overgegaan. Daarmee leek hij te onderschrijven dat in casu sprake was geweest van voorbedachte raad.¹³⁵⁶

Men kan zich in gemoede afvragen of het (wetenschappelijk) antwoord is om uit het feit dat een actie er vastberaden uitziet en doeltreffend is, af te leiden dat deze actie niet het gevolg is van een hevige gemoedsbeweging, zeker wanneer de dader net voor zijn ogen twee vrienden heeft zien doodschieten en zelf ternauwernood aan de dood is ontsnapt. Zou de Hoge Raad hier eigenlijk niet een objectieve grens aan het extensief noodweerexces hebben willen stellen, die dan zou inhouden dat het doodschieten van iemand die weerloos op de grond ligt in wezen neerkomt op eigenrichting en onder geen enkele omstandigheid straffeloos kan zijn?

Culpa in causa toch weer als 'selectie aan de poort van het noodweer'

Een beruchte zaak is die welke leidde tot het arrest van 31 oktober 2000.¹³⁵⁷ Een klant kreeg ruzie met een fietsenhandelaar, stak hem in de buik en bleef daarna met het mes in zijn hand voor de ingang van de winkel staan. Drie personeelsleden schoten de fietsenhandelaar te hulp, waarbij een van hen een dreigend gebaar maakte met een fietsenstandaard. Daarop stak de verdachte deze man dood.

De verdachte beriep zich er primair op dat het slachtoffer zelf in het mes was gelopen. Subsidiair beriep hij zich op noodweer(exces). Het hof overwoog dat het eerste verweer het tweede uitsloot, maar voegde daaraan toe dat overigens een beroep op noodweer niet gerechtvaardigd was omdat (kort gezegd) de verdachte de dreiging over zichzelf had afgeroepen.

De Hoge Raad overwoog dat in de vaststellingen van het hof besloten lag dat geen sprake was geweest van een (putatieve) noodweersituatie omdat de verdachte zich willens en wetens in een situatie had gebracht waarin een dreigende reactie te verwachten was. Hij achtte dit oordeel onjuist noch onbegrijpelijk.

De Hullu was kritisch over deze 'culpa in causa' benadering. Hij bepleitte opnieuw eerst te beoordelen of aan de wettelijke voorwaarden voor een beroep op noodweer(exces) is voldaan (welke vraag in casu waarschijnlijk negatief had kunnen

¹³⁵⁶ Tegen dit oordeel was echter geen cassatieklacht gericht, zodat de Hoge Raad zich daaromtrent niet behoefde uit te laten. De Hullu riep in zijn noot onder meer de vraag op wat nog de toegevoegde waarde is van de wettelijke strafverzwarringsgrond van voorbedachte raad wanneer deze binnen 40 seconden kan ontstaan.

¹³⁵⁷ HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 11 m.nt. JdH. De middelen waren van M. Moszkowicz sr.

worden beantwoord¹³⁵⁸) en pas daarna de eigen schuld eventueel een corrigerende rol te laten spelen (zoals de Hoge Raad zoals besproken in zijn principiële uitspraak over psychische overmacht juist uitdrukkelijk had gedaan). Anders wordt de ‘culpa in causa’ te gemakkelijk en te sterk een drempel, zo vond hij.

Noodweer in de bus: een voorbode van ander beleid?

In 2002 verscheen een arrest over een bedreigde buspassagier.¹³⁵⁹ Deze had in de bus twee jongens aangesproken die frietjes uit het dakraam gooiden en kreeg daarop zoveel verbale agressie over zich heen dat hij zich ernstig bedreigd voelde. Toen een van de jongens opstond en dreigend op hem afkwam waarbij zijn borst die van de verdachte raakte, vreesde de verdachte dat deze jongen zijn aankondiging dat hij de verdachte in elkaar zou slaan ging waarmaken. Hij verklaarde ter terechtzitting in hoger beroep dat hij toen ‘uit reactie daarop’ als eerste had geslagen. Het hof verwierp het beroep op noodweer, omdat geen sprake was van een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding. Voorts verweet het hof de verdachte zich niet aan de situatie te hebben onttrokken.

De Hoge Raad vond die motivering innerlijk tegenstrijdig, omdat uit de tweede overweging (anders dan uit de eerste) moest worden afgeleid dat het hof kennelijk toch van oordeel was dat sprake was geweest van een wederrechtelijke aanranding. Daarom was het oordeel van het hof niet zonder meer begrijpelijk. Dit klemde naar zijn oordeel temeer nu het hof niets had vastgesteld omtrent het gedrag van het slachtoffer jegens de verdachte direct voorafgaand aan de klap, maar diens gedrag in de strafmotivering wel als uitdagend en zeer verwerpelijk had bestempeld. Op zichzelf lijkt dit een weinig opzienbarende uitspraak. De Hoge Raad wees hem echter wel in een vijf-kamer. De conclusie van de advocaat-generaal Machielse laat zien waarom dit toch een bijzonder geval was.

Machielse zag in de overwegingen van het hof geen tegenstrijdigheden. Hij las daaruit dat het hof overduidelijk niet had aangenomen dat sprake was geweest van onmiddellijk dreigend gevaar voor de verdachte. De verdachte was daarvoor ‘slechts’ bevreesd geweest. Die enkele vrees rechtvaardigde niet de klap die hij had uitgedeeld. Machielse wees er voorts op dat uit de bewijsmiddelen bleek dat de verdachte zelf naar de jongens was toegelopen en dat de jongen in kwestie pas toen was opgestaan. De overweging met betrekking tot het ‘zich onttrekken’ las hij aldus, dat het hof hiermee bedoelde dat de verdachte zich aan de situatie had kunnen onttrekken voordat deze op een noodweersituatie zou uitlopen.

De Hoge Raad zag het dus anders. Mogelijk was dit arrest, dat ging over een geval waarin iemand die een ander aansprak op onbetamelijk gedrag agressief werd (of leek te worden) bejegend, een voorbode van de jurisprudentie die zou volgen.

¹³⁵⁸ Zo was het de vraag of de dreiging door het slachtoffer wel als een ‘wederrechtelijke’ aanranding kon worden beschouwd.

¹³⁵⁹ HR 11 juni 2002, NJ 2002, 467. Het middel werd ingediend door W.H.N.C. van Beek.

Terugdringing van het subsidiariteitsvereiste

In 2005 leidde alweer een bierglasincident tot een belangrijk arrest.¹³⁶⁰ In deze zaak had zich in een café tussen de verdachte en het latere slachtoffer wat wrijving voorgedaan, waarbij het slachtoffer een paar maal het petje van de verdachte van zijn hoofd had geslagen. De verdachte was na de laatste keer naar de bar gelopen en had daar een glas kapot geslagen. Het slachtoffer, dat dit had gezien, was vervolgens naar hem toegelopen om hem een klap te geven. Op het moment dat het slachtoffer met zijn vuist uithaalde, raakte de verdachte hem met het glas in zijn hals. Het volgende moment sloeg het slachtoffer de verdachte ook daadwerkelijk in zijn gezicht.¹³⁶¹ De verdachte verklaarde ter terechtzitting in hoger beroep primair dat hij het glas uit pure frustratie kapot had geslagen en dat hij vervolgens, toen het slachtoffer hem wilde slaan, in een afwerende beweging per ongeluk diens hals had geraakt. Het hof overwoog dat geen sprake was van een noodweersituatie, omdat de verdachte het café had kunnen verlaten maar dat niet had gedaan en in plaats daarvan de confrontatie had gezocht. Voorts achtte het niet aannemelijk dat de verdachte had geslagen ter verdediging.

De Hoge Raad achtte deze vaststellingen en overwegingen onbegrijpelijk gezien de verklaring van de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep.¹³⁶² Hij vernietigde dan ook het arrest. Als vingerwijzing voor de verdere behandeling overwoog hij dat het vereiste van proportionaliteit daarbij mede zou moeten worden betrokken.

Buruma, die het arrest in het NJB becommentarieerde, meende dat het erop leek dat de Hoge Raad de toepassing van het subsidiariteitsvereiste wat wilde gaan terugdringen.¹³⁶³

Dit vermoeden vond bevestiging in een arrest van 28 maart 2006.¹³⁶⁴ De casus was als volgt. Een aantal taxichauffeurs ging naar het adres van een klant van een gezamenlijke collega, omdat die klant zijn rit niet had betaald. Zij waren gewaarschuwd dat deze klant mogelijk gewelddadig zou worden. Nadat zij hadden aangeboden ontstond inderdaad een vechtpartij, omdat de betreffende klant hen met een koevoet te lijf ging. Hij sloeg daarbij de latere verdachte. Een van de andere chauffeurs wist de koevoet vervolgens uit zijn handen te trekken, waarna de verdachte de klant daarmee op het hoofd sloeg.

Het kwam tot een vervolging, waarin de verdachte zich verweerde met een beroep op noodweer dan wel noodweerecces. Het hof verwierp dit verweer met een redenering die erop neerkwam dat de verdachte de gewelddadigheden had kunnen

1360 HR 7 juni 2005, LJN: AS9228. Het arrest is niet gepubliceerd in de NJ, maar dat doet aan het belang ervan niets af. Het betreft een uitspraak van een 5-kamer.

1361 Zie de conclusie van de AG Jörg voor deze wat uitvoeriger weergave van de feiten dan in het arrest zelf is opgenomen.

1362 Cassatietechnisch gezien mag het bijzonder heten dat de Hoge Raad de feitelijke vaststellingen van het hof onbegrijpelijk achtte op grond van de verklaring van de verdachte ter terechtzitting, waaraan het hof immers met goede redenen voorbij kan gaan. Normaliter zal de Hoge Raad een dergelijke keuze als 'des feitenrechtters' beschouwen. Daarbij moet overigens worden aangetekend dat ook uit de door het hof gebezigde bewijsmiddelen naar voren kwam dat het juist het slachtoffer was dat de confrontatie had gezocht en dat derhalve de overweging van het hof met die bewijsmiddelen in strijd was.

1363 Buruma, 2005.

1364 HR 28 maart 2006, NJ 2006, 509 m.nt. YB. De middelen werden ingediend door R.P. Snorn.

voorkomen door niet naar de woning van de klant te gaan, dan wel alsnog te vertrekken nadat de koevoet van de klant was afgepakt. Door dat niet te doen was geen sprake geweest van noodzakelijke verdediging.

De Hoge Raad achtte deze verwerping ontoereikend. Hij overwoog dat gedragingen van een verdachte voorafgaande aan de wederrechtelijke aanranding onder omstandigheden aan het slagen van een beroep op noodweer(exces) in de weg kunnen staan, bijvoorbeeld wanneer hij de aanval heeft uitgelokt door provocatie van het latere slachtoffer. Die omstandigheid deed zich echter naar het oordeel van de Hoge Raad niet voor. Hij overwoog dat de door het hof vastgestelde feiten niet uitsloten dat de verdachte zich tegen de klant moest verdedigen gezien diens (ernstige) agressie. Er was dus een noodweersituatie. Evenmin vond de Hoge Raad dat sprake was van ‘eigen schuld’ in de zin van een provocatie.

In die zin volgde hij de conclusie van de advocaat-generaal Knigge, die meende dat wie rechtmatig en maatschappelijk betamelijk handelt niet als ‘provocateur’ mag worden aangemerkt: ‘de brutalen hebben al de halve wereld, maar de hele wereld hoeft hen toch niet gegund te worden.’¹³⁶⁵

Ook Buruma vond het goed dat er meer ruimte ontstaat om zich te verdedigen en men niet gedwongen wordt zich klein te maken in afwachting van de politie.¹³⁶⁶

Geconstateerd kan worden dat de Hoge Raad de subsidiariteitseis wel nog als voorwaarde voor het bestaan van een noodweersituatie hanteerde: de verdediging moet noodzakelijk zijn wil het bestaan van zo’n situatie worden aangenomen. De ‘culpa in causa’ leek de Hoge Raad – gezien de volgorde waarin hij de verschillende vragen behandelde – hier weer als mogelijke drempel te zien, maar echt duidelijk was hij daar niet over.

Vluchten hoeft niet meer

Eveneens in 2006 wees de Hoge Raad arrest¹³⁶⁷ in een zaak waarin sprake was van een boze buurman, die om niet in het arrest opgehelderde reden bijzonder kwaad

¹³⁶⁵ Knigge wees erop dat ‘culpa in causa’ de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit beïnvloedt, die hij (anders dan De Hullu in zijn noot onder NJ 2001, 11) tot de wettelijke vereisten wilde rekenen, en dat daarom een dwingende volgorde van beantwoording van de diverse met noodweer(exces) samenhangende vragen niet te geven is.

¹³⁶⁶ Buruma constateerde ook dat de Hoge Raad (in navolging van De Hullu in genoemde noot onder NJ 2001, 11 en dus anders dan Knigge in zijn conclusie bij dit arrest) een nieuwe benadering van culpa in causa had geïntroduceerd in de vorm van een tweetraps-vraag: de vraag naar culpa in causa wordt pas gesteld als eerst vraag naar de noodzaak van de verdediging is beantwoord. Hij wees erop dat de vraag naar eigen schuld op die manier eigenlijk twee keer in beeld komt: de eerste keer bij de vraag of verdediging noodzakelijk was (daarin liggen impliciet de vragen naar proportionaliteit en subsidiariteit besloten) en vervolgens nogmaals bij de vraag naar culpa in causa. Hij meent dat het verschil temporeel kan worden beschouwd: eerst komt de vraag of je je wel in de lastige situatie had moeten brengen en vervolgens die of je je niet alsnog daaraan had moeten onttrekken. Daarbij tekent hij aan dat het verschil theoretisch niet altijd goed te maken zal zijn, maar dat dat in de praktijk waarschijnlijk wel oplosbaar is. Werkelijk nieuw was die benadering niet, zoals blijkt uit het hiervoor besproken arrest van 13 juni 1989, NJ 1990, 48. Daarin was al sprake van precies dezelfde benadering in een geval van culpa in causa bij een beroep op psychische overmacht. Wel is waar dat deze benadering in de loop van de jaren voor wat betreft noodweer(exces) niet steeds werd gevolgd.

¹³⁶⁷ HR 21 november 2006, NJ 2006, 650. Het middel was van R. Zilver.

was op een aantal jongens.¹³⁶⁸ Hij was agressief op een van die jongens afgelopen, waarna deze hem een (kei)harde¹³⁶⁹ klap had verkocht. Deze jongen werd vervolgd en beriep zich op noodweer, dan wel noodweerexces.

Het hof verwierp dit verweer omdat naar zijn oordeel geen sprake was geweest van een noodweersituatie, nu niet aannemelijk was geworden dat de verdachte (zoals hij had aangevoerd) zich niet aan de door hem als bedreigend ervaren situatie had kunnen onttrekken.

De Hoge Raad overwoog ten eerste dat de vraag of verdediging noodzakelijk was als de verdachte ook had kunnen vluchten niet in algemene zin te beantwoorden is, maar afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.¹³⁷⁰ Vervolgens oordeelde hij dat de verwerping van het verweer niet zonder meer begrijpelijk was, gezien hetgeen door en namens de verdachte was aangevoerd, welke stelling steun vond in twee getuigenverklaringen. Deze verklaringen hielden in dat het slachtoffer zich agressief jegens de verdachte gedroeg terwijl deze hem juist tot kalmte probeerde te manen. Onder die omstandigheden¹³⁷¹ achtte de Hoge Raad het in de overwegingen van het hof besloten liggende oordeel dat van de verdachte mocht worden gevergd dat hij wegliep en dat het feit dat hij dat niet had gedaan aan een beroep op noodweer in de weg stond, niet zonder meer begrijpelijk.¹³⁷²

De Hoge Raad bevestigde hier opnieuw expliciet dat het bestaan van de mogelijkheid zich aan de wederrechtelijke aanranding te onttrekken niet altijd betekent dat geen noodzaak tot verdediging bestaat.¹³⁷³

1368 Gelet op de door de in het arrest aangehaalde passages uit het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep lijkt het erop dat de jongens 's nachts voor zijn deur stonden te praten, dat hij hen verzocht daar weg te gaan en dat zijn boosheid werd veroorzaakt doordat de verdachte bij het weglopen 'hals' tegen hem zei.

1369 Resultaat: kneuzing aan het linkeroog of oogzenuw, leidend tot blindheid, en breuken van de oogkas.

1370 Weer een voorbeeld van casuïstiek in de (straf)rechtsvinding.

1371 De manier waarop de Hoge Raad de vernietiging van de beslissing van het hof onderbouwde is illustratief voor hoe hij te werk kan gaan bij de toetsing van de verwerping van verweren: hij ging niet uit van de vaststellingen van het hof (die had het hof terzake ook nauwelijks gedaan), maar citeerde enkele passages uit het proces-verbaal in hoger beroep, waarin de inhoud van genoemde verklaringen werd weergegeven. Met de overweging dat 'onder die omstandigheden' de verwerping van het beroep niet begrijpelijk was, balanceerde de Hoge Raad op de rand van een eigen vaststelling van de feiten en een uitnodiging aan het (volgende) hof de vaststelling van feiten aan te vullen en te verbeteren.

1372 Een soortgelijke uitspraak deed de Hoge Raad (anders dan het zojuist besproken arrest in 5-formatie) in het arrest van 6 oktober 2009, NJ 2010, 301 m.nt. Borgers. De toetsing in dat arrest was echter veel meer typisch voor een cassatierechter: de Hoge Raad kwam op grond van de vaststellingen van het hof en de daaraan ten grondslag liggende bewijsmiddelen tot de conclusie dat de mogelijkheid van het bestaan van een bedreigende situatie, zoals door de raadsman was gesteld, was opengebleven. Daarnaast had het hof zijn oordeel dat de verdachte had kunnen vluchten, onvoldoende gemotiveerd.

1373 Borgers wees er in zijn noot onder NJ 2010, 301 op dat de Hoge Raad al in 1957 had uitgemaakt dat het bestaan van de mogelijkheid een aanval te ontlopen een beroep op noodweer niet per se hoeft te blokkeren, maar dat dit afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, zie HR 18 juni 1957, NJ 1957, 446 m.nt. WP.

Nu eens geen noodweer(exces)

In twee arresten uit 2007 en 2008 slaagden de cassatieberoepen van de verdachten nu eens niet.

Het arrest uit 2007¹³⁷⁴ ging over een geval dat door annotator Buruma als volgt werd omschreven: 'Een vrouw slaat een andere vrouw met haar vuist in het gezicht terwijl die in haar auto zit. Ze loopt terug naar haar eigen auto en stapt in. De andere vrouw start de auto, geeft vol gas en rijdt onder het uiten van verwensingen tegen de auto van haar belaagster op. Vervolgd voor bedreiging met zware mishandeling en vernieling doet ze een beroep op extensief noodweerexces.'

Het hof verwierp dit verweer, kort gezegd omdat het van oordeel was dat de noodweersituatie al was geëindigd en dat het tijdsverloop tussen de eerste situatie en de botsing te lang was om van een noodweerexcessituatie te kunnen spreken. Advocaat-generaal Vegter achtte dit oordeel niet begrijpelijk, omdat deze overwegingen niets inhielden over de gemoedstoestand van de verdachte. De Hoge Raad liet het oordeel echter in stand, overwegend dat het hof de juiste maatstaf had gehanteerd en dat het oordeel omtrent het tijdsverloop niet onbegrijpelijk was.

Annotator Buruma merkte op dat het hof zijn oordeel bepaald niet overtuigend had gemotiveerd, nu het tijdsverloop tussen de aanval op de verdachte en haar reactie niet meer dan hooguit 1 à 2 minuten kan zijn geweest. Hij verklaarde de lankmoedigheid van de Hoge Raad echter uit een vorm van efficiency. Hij vermoedde dat de Hoge Raad de veroordeling billijk vond en het daarom, en omdat het hof de juiste maatstaf had aangelegd, niet nodig vond om te casseren. Buruma kon zich daar wel in vinden.

De zaak uit 2008¹³⁷⁵ betrof een geval waarin de (kennelijk nogal gewelddadige) ex-vriend van de vriendin van de verdachte 's nachts haar woning binnendrong, waar de verdachte en die vriendin lagen te slapen. Hij begon op de verdachte in te slaan. Die verdedigde zich en een vechtpartij ontstond, waarbij de ex van de trap viel. De verdachte ging hem achterna en sloeg en trapte hem zodanig, dat het slachtoffer kwam te overlijden.¹³⁷⁶

Het hof verwierp het beroep op noodweer en noodweerexces. Het overwoog hiertoe dat op het moment dat het slachtoffer van de trap was gevallen een tweede fase intrad, waarin niet langer sprake was van een noodzakelijke verdediging. Het enkele feit dat het slachtoffer nog steeds in de woning was, vormde geen aanranding van enig goed omdat tegen huisvredebreuk, wanneer deze niet met vernieling of bedreiging gepaard gaat, noodweer niet gerechtvaardigd is. Voorts overwoog het hof dat toen de verdachte van de trap was gevallen de noodweersituatie die aanvankelijk had bestaan was geëindigd. Het achtte de verklaring van de verdachte, dat het slachtoffer ook toen nog op hem afkwam, niet aannemelijk. Evenmin achtte het hof

1374 HR 7 juli 2007, NJ 2009, 421 m.nt. Buruma. De middelen werden ingediend door J. Boksem.

1375 HR 21 mei 2008, NJ 2008, 510 m.nt. M.J. Borgers. De middelen werden ingediend door P.W. van der Kruijs.

1376 Hierdoor liep het slachtoffer onder meer vele ribbreuken op aan voor- en achterzijde, waren beide longen geperforeerd en samengevallen en was sprake van letsel aan de hals door uitwendig samendrukkend geweld. Zowel door de ingeklapte longen als door het halsletsel kon het overlijden worden verklaard.

het aannemelijk dat het handelen van de verdachte in die tweede fase het onmiddellijk gevolg was geweest van een hevige gemoedsbeweging. Het hof achtte de betreffende gedragingen (onder verwijzing naar verdachtes eerste verklaringen daaromtrent, inhoudend dat hij toen 'het verhaal efkes moest afmaken') veeleer blijk geven van een zekere rationaliteit en doelgerichtheid.

De advocaat-generaal Vellinga stelde voorop dat aan de verwerping van een beroep op noodweerexces in een dergelijke situatie (het 's nachts in de eigen woning worden geconfronteerd met een agressieve indringer) hoge eisen moeten worden gesteld. Hij vond niet dat de motivering van het hof aan die eisen voldeed. Hij wees er voorts op dat het feit aan de verdachte vanwege zijn gebrekkige agressieregulatie in verminderde mate was toegerekend.¹³⁷⁷ Dat leverde zijns inziens het gevaar op dat het overschrijden van de grenzen van de noodzakelijke verdediging eerder aan deze verdachte zou worden toegerekend dan aan een geheel toerekeningsvatbare bewoner, bij wie eerder zou worden uitgegaan van een 'hevige gemoedsbeweging'.¹³⁷⁸

De Hoge Raad achtte de overwegingen van het hof echter niet onjuist of onbegrijpelijk en wijdde daar verder weinig woorden aan.¹³⁷⁹

In zijn noot legde Borgers een verband met het initiatiefwetsvoorstel van Teeven en Weekers 'ter versterking van de positie van de burger die zich beroept op noodweer'. Hij behandelde in zijn noot de vraag of dit arrest blijk gaf van een juridisch benarde positie van de burger. Hij kwam tot de conclusie dat dit niet het geval is, nu de Hoge Raad het feit dat de verdachte 's nachts in een woning was aangevallen in zijn overwegingen had onderstreept. De Hoge Raad had zijns inziens alleen de feiten, met name die in de tweede fase van het voorval, iets terughoudender geïnterpreteerd dan de advocaat-generaal en zich beperkt tot een toetsing van het (gemotiveerde) oordeel van het hof daaromtrent. Mogelijk had daarbij ook het forse geweld een rol gespeeld, nu de mate waarin de grenzen van een noodzakelijke verdediging zijn overschreden eveneens een rol kan spelen bij de beslissing omtrent de aannemelijkheid van noodweerexces.

Geconstateerd kan worden dat ook hier¹³⁸⁰ sprake was van het plegen van dodelijk geweld tegen een inmiddels weerloze persoon. Mogelijk trekt de Hoge Raad daar mogelijk een absolute grens.

¹³⁷⁷ Dit punt was ook in het vierde middel aande orde gesteld. Daarin werd gewezen op het feit dat uit de pro justitia rapportage over de verdachte bleek dat deze beschikte over beperkt verstandelijke vermogens en een beperkte psychische draagkracht. De conclusie van de rapporteur luidde: 'Door deze stoornis heeft betrokkene weinig adequate afwegingen meer kunnen maken.' De Hoge Raad reageerde op dit middel met een verwijzing naar de uitvoerige overwegingen van het hof omtrent het noodweerexces en oordeelde dat het aangevoerde niet tot een nadere motivering noopte.

¹³⁷⁸ Zie voor een vergelijkbaar geval HR 12 december 2006, NJ 2007, 245 m.nt. Keijzer.

¹³⁷⁹ Voor wat betreft het oordeel dat het huisrecht geen 'goed' is als bedoeld in art. 14 Sr is toegestaan herhaalde de Hoge Raad zijn jurisprudentie uit HR 14 april 1998, NJ 1998, 662 m.nt. 't H, waarin hij deze principiële keuze voor het eerst maakte.

¹³⁸⁰ Zoals ook het geval was in het hiervoor besproken arrest van 7 december 1999, NJ 2000, 263.

Een proportionele klap in het gezicht

In een arrest van 8 september 2009 gaf de Hoge Raad een algemene aanwijzing aan de feitenrechter met betrekking tot de proportionaliteit.¹³⁸¹

De verdachte in deze zaak was een wegwerker die in conflict raakte met een automobilist die door een wegafzetting reed. Daarbij kreeg hij van deze man een klap op zijn borst, waarna de man een bokshouding aannam. De verdachte sloeg hem vervolgens met gebalde vuist in het gezicht. Het hof overwoog dat de verdachte zich mocht verdedigen, maar verwierp toch het beroep op noodweer omdat de verdachte een te zwaar middel had gekozen en aldus niet aan de proportionaliteitseis had voldaan. In het cassatiemiddel werd onder meer gesteld dat deze beslissing onbegrijpelijk was, nu het gekozen middel niet zwaarder was dan dat wat de aanvaller had gebruikt.

In de aan de behandeling van het middel voorafgaande beschouwing verwees de Hoge Raad naar het hiervoor behandelde arrest van 21 november 2006, het arrest over de ‘boze buurman’, waarin de subsidiariteitseis aan de orde was.¹³⁸² Nieuw aan de instructies was de aandacht die werd besteed aan de proportionaliteitseis. De Hoge Raad stelde uitdrukkelijk dat deze verband houdt met de (door de rechter als eerste te beantwoorden) vraag of de gedraging geboden was door de noodzakelijke verdediging. Als maatstaf hiervoor gaf hij dat de gekozen wijze van verdediging niet in onredelijke verhouding staat met de ernst van de aanranding.

Toegepast op de bestreden uitspraak van het hof leverde dit op dat de overwegingen van het hof onvoldoende inzicht gaven in zijn gedachtegang. Als het hof had bedoeld te zeggen dat eerst dan aan de proportionaliteitseis is voldaan indien, naast de noodzaak van de verdediging als zodanig, ook de noodzaak van de gekozen wijze van verdediging komt vast te staan, had het een te strenge toets aangelegd. Indien het echter de juiste maatstaf wel voor ogen had gehad, had het, gelet op de door hem vastgestelde ernst van de aanranding, zijn oordeel dat de verdachte voor een te zwaar middel had gekozen, nader dienen te motiveren.

Buruma begroette dit arrest met instemming om redenen van materiële juistheid. Hij meldde dat hij zich kwaad gemaakt had over de vervolging van de wegwerker, nu die, belast met een publieke taak, in beginsel in zijn recht stond. De automobilist had immers hem en zijn collega's eerst in gevaar gebracht door door een afzetting te rijden en had vervolgens ook nog als eerste geslagen. Buruma vond dat de wegwerker zich had gedragen als een echte vent en wees op het risico van vervreemding van de justitiabelen ('volkse types') van de rechtspleging door wat hij als een decadente uitspraak kwalificeerde. Hij betrok aldus uitdrukkelijk maatschappelijke afwegingen bij zijn oordeel. Of de Hoge Raad datzelfde deed blijft in het midden.

De Hoge Raad blijft streng voor de feitenrechter

Krap een maand na het vorige arrest deed de Hoge Raad uitspraak in een zaak waarin een conflict bij een bushalte ontaardde in een steekpartij, waarbij een jongen

¹³⁸¹ HR 8 september 2009, NJ 2010, 391 m.nt. Buruma. Het middel werd ingediend door R.E. Drenth.

¹³⁸² HR 21 november 2006, NJ 2006, 650.

werd doodgestoken.¹³⁸³ De verdachte had zich beroepen op noodweer, waarbij hij had gesteld dat hij werd geslagen en geschopt door een groep van 15 jongens. Het hof had vastgesteld dat twee jongens, die deel uitmaakten van een grotere groep, naar de verdachte waren toegekomen en met hem de confrontatie hadden gezocht.¹³⁸⁴ Intussen was de rest van de groep op enige afstand, maar maakte aanstalten ook naar het bushokje toe te komen. Nadat het latere slachtoffer de verdachte had geduwd en de andere jongen hem een klap had gegeven, had de verdachte zijn mes getrokken en gestoken. Het hof oordeelde dat de verdachte geen beroep op noodweer toekwam, omdat hij zich aan de confrontatie had kunnen en moeten onttrekken. Het achtte het niet aannemelijk dat de rest van de groep op het moment van de confrontatie al zo dicht genaderd was dat dat niet meer had gekund. De advocaat-generaal Vellinga achtte, gelet op de vaststellingen van het hof, de middelen ongegrond.

De Hoge Raad achtte dit oordeel van het hof echter onvoldoende gemotiveerd. Met name vond hij de aanname dat de groep nog niet erg dichtbij was niet sterk, omdat de bewijsmiddelen de mogelijkheid openlieten dat dat wel het geval was. Daarbij miste hij een onderbouwing van het kennelijke oordeel dat van de verdachte mocht worden gevergd dat hij zou vluchten.

Borgers wijdde in zijn noot een uitvoerige beschouwing aan de jurisprudentie van de Hoge Raad op het terrein van het noodweer. Hij zag daarin, anders dan andere wetenschappers, meer het toepassen van strenge motiveringseisen, om te voorkomen dat dergelijke verweren te gemakkelijk worden verworpen, dan een inhoudelijke koerswijziging. Hij constateerde dat de Hoge Raad geen concrete of specifieke eisen aan de inhoud van de motivering stelt.

Een aanval is geen verdediging

In een arrest van 8 juni 2010 wijdde de Hoge Raad enkele vooropgestelde beschouwingen aan het begrip ‘verdediging’.¹³⁸⁵ In het betreffende geval hadden twee jongens ingegrepen toen zij dachten te zien dat de verdachte een meisje mishandelde. Zij probeerden hem eerst te laten stoppen door tegen hem te roepen en vervolgens had een van hen het voorwiel van zijn fiets omhooggehouden in de richting van de verdachte. De verdachte was vervolgens tot de aanval overgegaan en had deze jongen geslagen met onder meer zijn riem. De verdachte stelde dat hij door de handelingen van het slachtoffer zo was geschrokken dat hij vanuit een hevige gemoedsbeweging de grenzen van een noodzakelijke verdediging had overschreden. Het hof had dit verweer verworpen.

Advocaat-generaal Machielse vond dat het hiertegen ingediende middel slaagde, omdat de overwegingen van het hof zijns inziens tegenstrijdig en onduidelijk waren. De Hoge Raad stelde echter voorop dat:

¹³⁸³ HR 6 oktober 2009, NJ 2010, 301 m.nt. Borgers. De middelen werden ingediend door Boksem.

¹³⁸⁴ Uit het arrest wordt niet duidelijk wat de achtergrond van dit incident was. Uit de verklaring van de jongen die niet werd gestoken komt naar voren dat hij de verdachte herkende van een eerdere gebeurtenis (hij verklaarde dat hij ‘de Irakees met de opvallende jas’ zag en besloot hem aan te spreken).

¹³⁸⁵ HR 8 juni 2010, NJ 2010, 339. Het middel werd ingediend door E.G.C. Groenendaal.

‘een beroep op noodweer niet kan worden aanvaard ingeval de gedraging van degene die zich op deze exceptie beroept, noch op grond van diens bedoeling noch op grond van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging kan worden aangemerkt als verdedigend, maar – naar de kern bezien – als aanvallend, bijvoorbeeld gericht op een confrontatie of deelneming aan een gevecht (...). In zo een geval kan ook een beroep op noodweerexces of op putatief noodweer niet slagen.’

Hij achtte de verwerping van het verweer toereikend op de enkele grond dat het hof had vastgesteld dat van dergelijke aanvallende gedragingen sprake was geweest en liet de overige overwegingen buiten beschouwing.¹³⁸⁶

Materieel is ook hier weer sprake van bescherming van de goedwillende burger die ingrijpt bij onbetamelijk handelen en daardoor agressief wordt bejegend.

Conclusie

Alles overziende ontstaat het beeld van een jurisprudentie waarin in de afgelopen 25 jaar meer ruimte ontstond voor een geslaagd beroep op noodweer of noodweerexces. Regelmatig was de feitenrechter naar het oordeel van de Hoge Raad wat betreft te streng.¹³⁸⁷ Vrij algemeen werd gevoeld dat de Hoge Raad de feitenrechters wilde bewegen tot een minder terughoudende toepassing van de betreffende bepalingen. Met name lijkt de Hoge Raad er tegen te waken dat van de in zijn recht staande burger wordt gevraagd te wijken voor te verwachten agressie van iemand die zich eerder onbehoorlijk of zelfs strafbaar heeft gedragen.

Meer concreet is het belangrijkste verschil tussen de recente jurisprudentie en die van voor 1988 dat het subsidiariteitsbeginsel lange tijd meebracht dat verdediging vaak alleen dan noodzakelijk werd gevonden, wanneer de aangevallene zich niet aan een confrontatie had kunnen onttrekken. Daarbij moet overigens worden opgemerkt dat dit niet volgde uit de jurisprudentiële regels van de Hoge Raad en er ook niet veel arresten van de Hoge Raad zijn waarin het zich niet onttrekken aan een wederrechtelijke aanranding een beroep op noodweer blokkeerde.¹³⁸⁸ Het lijkt dan ook dat die interpretatie mogelijk vooral bij de feitenrechters gemeengoed was. In ieder geval werd de Hoge Raad op dit punt strenger in zijn motiveringseisen.

Wel een duidelijke koerswijziging van de Hoge Raad, maar een die zich al in het begin van de onderzochte periode voordeed, was de aanvaarding van het extensief noodweerexces.

Ten slotte verdient vermelding dat ook het hanteren van de ‘culpa in causa’ als blokkade voor een geslaagd beroep op noodweer door de Hoge Raad enigszins werd ingeperkt. Tegelijkertijd is de Hoge Raad streng waar hij in de als ‘verdedigend’ gebrachte handeling een wraakactie ziet.

1386 De Hoge Raad verwees hier o.m. naar zijn uitspraak van 10 februari 1987, NJ 1987, 950. En aldus terug naar het begin van de onderzochte periode.

1387 Dan wel te onduidelijk in zijn motivering.

1388 Zie HR 2 februari 1982, NJ 1982, 384 (politieman schiet met mes dreigende man in de borst); HR 25 juni 1985, NJ 1986, 75 (gewaarschuwd man wacht zijn overvallers op met schietklaar pistool). Bovendien kan niet zonder meer worden gezegd dat de gevallen die aan die arresten ten grondslag lagen naar de huidige jurisprudentie anders zouden worden beoordeeld.

10.2.3 *Medeplegen*

Verruiming medeplegen vóór 1988

‘De stormachtige ontwikkelingen op het gebied van de deelneming liggen achter ons. De rechtspraak is de laatste jaren in rustiger vaarwater gekomen, lijkt vast op koers te liggen en beperkt zich tot toepassing van de verworven inzichten en het aanbrengen van enige verfijningen’. Aldus Machielse in de Kroniek van het strafrecht 1991.¹³⁸⁹ Waar hij waarschijnlijk met name op doelde was het fenomeen dat in de jaren zeventig en tachtig het begrip ‘medeplegen’ was uitgebreid ten koste van de deelnemingsvormen medeplichtigheid en uitlokking. Die uitbreiding had met name daarin bestaan, dat het verrichten van uitvoeringshandelingen en zelfs de lijfelijke aanwezigheid bij de uitvoering van een strafbaar feit niet langer noodzakelijke voorwaarden voor medeplegen waren.¹³⁹⁰ Hoe ging dit verder?

Het zich niet distantiëren als medebepalende factor

In een zaak tegen een van de medeverdachten van de uit de Straatsburgse jurisprudentie bekende Van Mechelen, uit juni 1992, zette de Hoge Raad weer een stap verder op de weg van verruiming van het medeplegen.¹³⁹¹

De casus is als volgt: een aantal mannen pleegde een overval op een postkantoor. Tijdens een achtervolging die, voor zover uit de zakelijke beschrijving in de arresten kan worden opgemaakt, de vergelijking met soortgelijke scènes in menig spectaculaire actiefilm moeiteloos kan doorstaan, kwam het tot een schietpartij met de politie. Naar aanleiding daarvan werd de achtervolging gestaakt. Omdat de verdachten in verband met verdenkingen van eerdere overvallen al onderwerp van observatie waren, konden zij later echter alsnog worden aangehouden. Het bewijs was echter mager, in het bijzonder ten aanzien van de verdachte in de hier besproken zaak. Deze was herkend als bijrijder van de vluchtauto en gezien was ook dat hij kort voor het vertrek van de overvalauto's was gearriveerd bij het woonwagencentrum vanwaar dat vertrek plaatsvond. Niet kon echter worden vastgesteld dat hij een actieve bijdrage aan de overval of de schietpartij had geleverd.

Het hof zag daarin geen beletsel voor bewezenverklaring van medeplegen. Het overwoog (kort gezegd) dat, gezien de gedragingen van de verdachte en zijn mededaders, de daarbij gebruikte middelen en gevolgde werkwijze in onderling (tijds)verband bezien, zij een zodanig hechte, intensief en planmatig nauw samenwerkende dadergroep vormden, dat niet van belang was wie welke rol heeft

¹³⁸⁹ Machielse, 1992:28.

¹³⁹⁰ Zie bijvoorbeeld HR 20 januari 1976, NJ 1976, 436; HR 17 november 1981, NJ 1983, 84 (het containerdiefstalarrest) waarin de Hoge Raad uitmaakte dat het plegen van uitvoeringshandelingen of zelfs maar lijfelijke aanwezigheid op de plaats delict niet noodzakelijk is om tot medeplegen te kunnen komen.

¹³⁹¹ HR 9 juni 1992, NJ 1992, 773 m.nt. Knigge. Deze zaak is later vooral bekend geworden omdat het EHRM een schending van art. 6 EVRM constateerde vanwege het gebruik van de verklaringen van anonieme getuigen voor het bewijs (EHRM 22 mei 1998, NJ 1998, 809). Zie hierover eerder in dit deel hoofdstuk 8, onder 8.4.1. Anonieme getuigen. Zie ook hierna in dit deel hoofdstuk 11, Schendingen van mensenrechten en gerechtelijke dwalingen.

vervuld. Daarbij nam het hof in aanmerking dat de verdachte zich ook niet van de gebeurtenissen had gedistantieerd toen zich daartoe (tijdens de achtervolging) een mogelijkheid voordeed.

In cassatie werd onder meer geklaagd over deze overweging, omdat daarmee niet was voldaan aan de eis dat uit de eigen handelingen van de verdachte moet blijken van opzet op samenwerking.¹³⁹² De Hoge Raad oordeelde echter, opmerkelijk genoeg zonder nadere motivering, dat het oordeel van het hof niet onjuist of onbegrijpelijk was.

Knigge merkte in zijn noot op dat dit arrest liet zien dat de ontwikkeling neigt naar een collectieve aansprakelijkheid voor strafbare feiten, begaan in het kader van een voor gezamenlijke rekening uitgevoerd plan. Machielse stelde dat de verruiming van het medeplegen zich leek door te zetten.¹³⁹³

In 1994 viel het dubbeltje de andere kant op, overigens in een veel minder zware zaak.¹³⁹⁴ Bij een inbraak in een kantine bleef de verdachte buiten staan. Hij wist dat zijn vrienden naar de kantine gingen om in te breken en snoepte na afloop een eindje verderop mee van de buit. Het hof vond dat hij daarmee de grens van het strafbare had overschreden en veroordeelde hem voor het medeplegen van diefstal in vereniging.

De Hoge Raad constateerde (anders dan de advocaat-generaal Meijers) dat uit de bewijsmiddelen niet kon worden afgeleid dat de verdachte enige uitvoerings-handeling had verricht, noch dat hij ter uitvoering van een gezamenlijk plan zo volledig en nauw met de anderen had samengewerkt dat hij het feit in vereniging met die anderen had begaan en vernietigde het arrest.

Annotator Van Veen meende dat de reden voor de vernietiging waarschijnlijk was gelegen in het ontbreken van een goede bewijsredenering, omdat het bewijs er zijns inziens in principe wel in zat.¹³⁹⁵ Hij wees in dat verband op het feit dat in het geval van 'plegen door verenigde personen' (waarvan hier sprake was), meer dan bij medeplegen, aan de aanwezigheid van de dader op de plaats des misdrijs¹³⁹⁶ betekenis wordt toegekend. Die aanwezigheid moet meer zijn dan een toevallige omstandigheid, maar hoeft niet op afspraak te berusten.

Medeplegen en plegen 'door verenigde personen'

Het onderscheid tussen medeplegen en het plegen door twee of meer verenigde personen kwam expliciet terug in een arrest uit 1996.¹³⁹⁷ Het (Antilliaanse) hof had het feit gekwalificeerd als (kort gezegd) het medeplegen van een poging tot diefstal

1392 De middelen werden ingediend door T. Spronken.

1393 Machielse, 1993:28.

1394 HR 19 oktober 1993, NJ 1994, 50 m.nt. ThWvV.

1395 Hij wees erop dat (zoals ook uit het arrest blijkt) het minstens de tweede keer was dat de verdachte bij een inbraak door zijn vrienden aanwezig was. Ter ondersteuning van zijn standpunt wees hij op HR 29 januari 1991, DD 91.171, waarin medeplegen werd afgeleid uit de aanwezigheid van de verdachte bij de handelingen van zijn mededader en zijn instemming daarmee.

1396 De vraag is dan natuurlijk wel hoe ruim in het onderhavige geval 'de plaats des misdrijs' moet worden opgevat. De verdachte was immers buiten de kantine, de eigenlijke 'plaats des misdrijs' gebleven.

1397 HR 12 november 1996, NJ 1997, 440.

met geweld, gepleegd door twee of meer verenigde personen. De Hoge Raad corrigeerde dat ambtshalve: laatstgenoemde omstandigheid is als strafverzwarende omstandigheid opgenomen in de betreffende wetsbepaling en ziet ook op de dader die, anders dan zijn mededaders, niet lijfelijk aanwezig is bij de uitvoering van het misdrijf. Het hof had dit miskend door in de kwalificatie ook de term ‘medeplegen’ op te nemen. Dat de Hoge Raad aan deze begrippen een verschillende inhoud gaf bleek echter niet, het leek er eerder op dat de Hoge Raad de kwalificatie van medeplegen naast de bewezenverklaring van ‘door verenigde personen’ ‘dubbelop’ vond.

Weer het zich niet distantiëren

In 1998 speelde opnieuw het zich niet distantiëren een doorslaggevende rol bij de beslissing dat sprake was van medeplegen.¹³⁹⁸ De verdachte in deze zaak pleegde samen met een ander een woninginbraak. Zij werden daarbij kennelijk betrappt door de politie, op welk moment de medeverdachte op de politiemensen schoot en een van hen zwaar verwondde.

De verdachte verweerde zich in hoger beroep met de stelling dat zijn opzet niet gericht was geweest op het schieten door zijn mededader, maar het hof ging daar niet in mee. Het overwoog daartoe dat voor de toerekening van dit geweld geen bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering nodig is, zoals de raadvrouw had gesteld. Het achtte de verdachte strafrechtelijk medeaansprakelijk voor het gepleegde geweld, nu niet aannemelijk was geworden dat de verdachte had getracht zijn mededader van zijn handelen af te houden. Bovendien, zo overwoog het hof, was op grond van de verklaring van de mededader aannemelijk geworden dat de verdachte wist dat deze een pistool bij zich had.

In het tegen deze overwegingen gerichte cassatiemiddel¹³⁹⁹ werd aangevoerd dat uit het strafrechtelijk schuldbeginsel voortvloeit dat wel noodzakelijk is dat de verdachte zich moet hebben gerealiseerd dat zijn medeverdachte tot het plegen van geweld zou overgaan. Dit kon in ieder geval niet worden afgeleid uit zijn niet-ingrijpen, nu daarvoor de gelegenheid niet had bestaan.

De Hoge Raad was er in drie zinnen klaar mee: nu het hof had aangenomen dat de verdachte wist van de aanwezigheid van het wapen, was zijn oordeel dat hij zich daarmee bewust was geweest van de aanmerkelijke kans dat geweld zou worden gebruikt niet onbegrijpelijk. De verdachte had zich moeten distantiëren op het moment dat hij van de aanwezigheid van het pistool op de hoogte raakte.

In zijn noot bij een hieronder te bespreken arrest uit 2004 merkte Mevis hieromtrent op dat de Hoge Raad mogelijk minder zware criteria hanteert voor de toerekening van strafverzwarende omstandigheden aan een mededader van een bepaald gronddelict dan voor het medeplegen van het gronddelict zelf.¹⁴⁰⁰

¹³⁹⁸ HR 20 januari 1998, NJ 1998, 426.

¹³⁹⁹ Het middel werd ingediend door Th.A. de Roos.

¹⁴⁰⁰ Zie de annotatie van Mevis bij HR 26 oktober 2004, NJ 2004, 682 en de bespreking van dat arrest hieronder.

De passieve aanwezigheid op de plaats delict

In een arrest uit 2000 oordeelde de Hoge Raad dat de enkele aanwezigheid van de verdachte in een woning waar een meisje tegen haar wil werd vastgehouden, gelet op zijn wetenschap daaromtrent, voldoende was om medeplegen van wederrechtelijke vrijheidsberoving aan te nemen.¹⁴⁰¹ Hij overwoog dat het hof had vastgesteld dat de verdachte ervan uitging dat er steeds iemand bij haar in de woning moest blijven en dat hij ook steeds (met anderen) in die woning, en soms ook in dezelfde ruimte als het slachtoffer, was gebleven. Aldus kon het hof oordelen dat hij ‘had bijgedragen’ en met zijn mededaders bewust had samengewerkt aan dit feit. De Hoge Raad nam daarbij in aanmerking dat de verdachte zich niet van de gedragingen van de anderen had gedistantieerd. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad hier de woorden ‘nauwe en volledige samenwerking’, toch onderdeel van de gebruikelijke maatstaf, niet hanteerde.

In 2006 werd een arrest uitgesproken in een ontvoeringszaak die voor wat betreft de passiviteit van de rol van de verdachte leek op het hiervoor besproken geval.¹⁴⁰²

De verdachte was met zijn medeverdachte per auto aangekomen bij een snackbar, waar zijn medeverdachte iemand na een woordenwisseling in de auto sleurde, de bij die snackbar aanwezigen bedreigde en na een eindje rijden het slachtoffer opsloot in de kofferbak van genoemde auto. De rol van de verdachte hield in dat hij bij de snackbar ook was uitgestapt en met de medeverdachte naar de auto teruggelopen was terwijl deze het slachtoffer meesleurde. Verder was hij op de bijrijderstoel gaan zitten, waardoor hij een mogelijke vluchtweg voor het slachtoffer blokkeerde (het was een tweedeursauto). Het hof veroordeelde hem wegens medeplegen van wederrechtelijke vrijheidsberoving en overwoog dat hij er door dit handelen aan had bijgedragen dat de medeverdachte de ontvoeringshandelingen kon verrichten en het slachtoffer niet kon gaan waar hij wilde.

De Hoge Raad vond ook hier dat het oordeel van het hof, dat tussen de verdachte en zijn mededader een zodanig nauwe en bewuste samenwerking had plaatsgevonden dat sprake was van medeplegen, geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting en dat de bewezenverklaring voldoende gemotiveerd was.

Oprekken van grenzen voor een aanvaardbaar resultaat

Aan afgrijselijke zaken in deze paragraaf geen gebrek. In 2002 deed de Hoge Raad uitspraak in een beruchte zaak waarin twee losgeslagen figuren binnendrongen in de woning van een autistische jongen en hem op gruwelijke wijze met een of meer messen toetakelden, waardoor hij overleed.¹⁴⁰³ Het hof had vastgesteld dat met name een van hen de gewelddadige handelingen had gepleegd en dat de tweede, die beneden gitaar had zitten spelen terwijl hij wist wat zijn mededader aan het doen was, pas aan het geweld was gaan meedoen op een moment dat het slachtoffer

¹⁴⁰¹ HR 11 januari 2000, NJ 2000, 228.

¹⁴⁰² HR 26 september 2006, JOL 2006, 554 en LJN: AX9405. Het middel werd ingediend door P.W. van der Kruijs.

¹⁴⁰³ HR 28 mei 2002, NJ 2003, 142 m.nt. Sch.

mogelijk al dood was.¹⁴⁰⁴ Om die reden sprak het hof die tweede verdachte vrij. Het openbaar ministerie stelde beroep in cassatie in.¹⁴⁰⁵

De Hoge Raad oordeelde dat sprake was van een onzuivere vrijspraak, omdat het hof aldus blijk had gegeven van een te beperkte en dus onjuiste opvatting van het begrip medeplegen, in de tenlastelegging uitgedrukt met de woorden ‘tezamen en in vereniging met een ander’. Hij overwoog dat op grond van de vaststellingen van het hof ‘niet viel uit te sluiten’ dat de verdachte, door zich niet van zijn mededader te distantieëren, maar daarentegen diens mes aan te nemen teneinde daarmee te steken, zich bij zijn mededader en diens, door de verdachte waargenomen, geweldshandelingen was gaan aansluiten op een moment dat de levensberoving nog niet was voltooid. De Hoge Raad vervolgde:

‘In dat geval kan het gedrag van de verdachte – het door hem op het slachtoffer uitgeoefende geweld, aansluitend op het door De V. aangewende geweld, daaronder begrepen – grond opleveren voor het oordeel dat de samenwerking tussen De V. en de verdachte zo nauw en volledig is geweest dat zij het slachtoffer tezamen en in vereniging van het leven hebben beroofd ook al zou, achteraf gezien, niet het steken van de verdachte, maar het door De V. uitgeoefende geweld tot de dood van het slachtoffer hebben geleid.’

Schalken stelde in zijn noot dat de Hoge Raad hier dubbele terughoudendheid paste, zowel vanwege de beperkingen van het cassatiestelsel als vanwege artikel 430 (oud) Sv, maar dat de maatschappelijke omstandigheden de rechter soms dwingen om alle uithoeken van de doctrine op te zoeken met het doel te voorkomen dat het onbestraft laten van onrecht nog groter onrecht veroorzaakt. Kennelijk vond hij dat dat hier was gebeurd. Hij wees erop dat de advocaat-generaal Jörg had geconcludeerd tot niet-ontvankelijk verklaring van het openbaar ministerie, omdat de Hoge Raad zich in dit beroep niet met de feitelijke vaststellingen van het hof mocht bemoeien, ook niet als die zijns inziens onbegrijpelijk waren. Hij liet echter onvermeld dat Jörg in een ambtshalve overweging dichtbij de uiteindelijk door de Hoge Raad gekozen ‘oplossing’ kwam. Jörg merkte op dat ten laste was gelegd dat de verdachte ‘tezamen en in vereniging met’ zijn mededader het slachtoffer had gestoken, tengevolge waarvan deze was overleden en dat dit de nadruk legde op de vraag of de door de verdachte toegebrachte steken mede als de doodsoorzaak hadden te gelden. Hij meende dat als ten laste was gelegd dat de verdachte ‘en/of zijn mededader’ die steekhandelingen hadden verricht, de nadruk meer was gevallen op de gezamenlijke gerichtheid op de dood van het slachtoffer en dat dan niet had hoeven vaststaan dat het slachtoffer nog leefde toen de verdachte toestak.

Dat is precies de weg die de Hoge Raad koos. De Hoge Raad overwoog dat de woorden ‘tezamen en in vereniging met een ander’ als de uitdrukking van het begrip

1404 Hij had toen het mes van zijn mededader overgenomen en het slachtoffer in zijn been en zijn buik gestoken. Het hof baseerde zijn oordeel dat het slachtoffer toen mogelijk al dood was mede op de verklaring van de patholoog-anatoom dat massaal bloedverlies was opgetreden bij hoofd en hals en niet bij de buik, waaruit hij concludeerde dat op het moment van het steken in de buik het slachtoffer al was overleden of zich in een (korte) overgangsfase naar het overlijden bevond.

1405 Op dat moment stond voor het openbaar ministerie cassatieberoep tegen een (zuivere) vrijspraak nog niet open.

medeplegen moeten worden beschouwd en stelde uitdrukkelijk (waarschijnlijk in antwoord op de overwegingen van de advocaat-generaal) dat de bewoordingen van de tenlastelegging niet aan de bewezenverklaring in de weg stonden.

Desalniettemin kan worden ingestemd met Schalken waar hij stelt dat de Hoge Raad hier wel de grens van het medeplegen tot het uiterste heeft opgerekt, kennelijk om tot een aanvaardbaar materieel resultaat te komen. Dat sprake kan zijn van medeplegen van moord of doodslag zolang 'niet uitgesloten' is dat het slachtoffer op het moment dat de verdachte zijn aandeel aan het feit leverde nog leefde was (maar dus ook niet dat hij al dood was, zoals de verdachte in deze zaak had verklaard), mag wel een uiterste heten.¹⁴⁰⁶

In april 2005 oordeelde de Hoge Raad over een geval van moord.¹⁴⁰⁷ Ook in deze uitspraak verscheen het zich niet distantiëren weer op het toneel.

De verdachte in deze zaak was met de medeverdachte bij het slachtoffer thuis op de koffie geweest. Die was een dag later vermoord aangetroffen in zijn woning, waar de kennelijk gebruikte koffiekopjes nog op tafel stonden. Het DNA van de medeverdachte werd op het moordwapen (een 'spin', een snelbinder waarmee het slachtoffer was gewurgd) aangetroffen. De verdachte en de mededader beschuldigden elkaar. De verdachte verklaarde dat hij het huis eerder dan zijn medeverdachte had verlaten en buiten in de auto ongeveer 10 minuten op hem had gewacht, waarna zij gezamenlijk waren vertrokken. Zijn medeverdachte verklaarde dat het slachtoffer nog leefde toen hij met de verdachte was vertrokken en dat de verdachte hem had verteld dat hij later die avond nog een keer naar het slachtoffer was teruggegaan. In een briefje aan zijn vrouw schreef de verdachte dat alleen hij en zijn medeverdachte exact wisten 'wat en waar' er gebeurd was.

Het hof veroordeelde de verdachte wegens het medeplegen van dit feit. Als bewijsmiddelen daarvoor gebruikte het de eigen verklaring van de verdachte, het briefje aan zijn vrouw en de verklaring van de medeverdachte dat hij niet met het slachtoffer alleen was geweest. Daarnaast overwoog het hof nader dat op grond van de toestand in de woning van het slachtoffer moest worden aangenomen dat deze op het moment van het vertrek van de verdachten niet meer leefde en dat hij derhalve door de verdachte en zijn mededader was vermoord. Het 'alibi' van de verdachte achtte het niet aannemelijk, gelet op de verklaring van de medeverdachte en het briefje aan zijn vrouw.

In cassatie werd betoogd dat uit de bewijsmiddelen niet kon worden afgeleid dat sprake was geweest van de benodigde nauwe en volledige samenwerking tussen de verdachte en zijn mededader. De raadsvrouw in cassatie, J. Kuijper, richtte haar

¹⁴⁰⁶ Uit de noot van Schalken valt voorts nog op te maken dat de verdachte door het Arnhemse hof alsnog werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van 12 jaar (Hof Arnhem 20 augustus 2002, LJN: AE6744). Het hof oordeelde dat het onaannemelijk was dat het slachtoffer al was overleden toen de verdachte hem stak, omdat de verdachte had verklaard kort daarvoor nog angstkreten te hebben gehoord. Maar ook als het slachtoffer al wel was overleden was sprake van medeplegen, omdat de verdachte wist dat zijn mededader levensbedreigende agressie tegen het slachtoffer aan het plegen was maar zich daarvan op geen enkele wijze had gedistantieerd doch daaraan zelf actief had deelgenomen.

¹⁴⁰⁷ HR 12 april 2005, NJ 2005, 577 m.nt. PMe.

middel met name tegen de overweging van het hof dat ‘Bij gebreke van elke aanwijzing in een andere richting het aandeel van beide verdachten (moet) worden gekwalificeerd als medeplegen van doodslag.’

Advocaat-generaal Vellinga was het met haar eens. Hij constateerde dat het medeplegen niet zonder meer uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid en vond dat de redenering waarmee het hof toch zijn betrokkenheid had geconstrueerd neerkwam op omkering van de bewijslast. De verdachte die bij het plegen van een strafbaar feit aanwezig was zou in die redenering immers moeten bewijzen dat hij daaraan niet op de een of andere manier heeft meegedaan. Hij keurde dat stellig af: het bewijs moet positief inhouden dat er sprake was van een nauwe en bewuste samenwerking en niet negatief dat niets in de richting wijst dat er geen sprake was van een nauwe en bewuste samenwerking.

De Hoge Raad overwoog echter dat het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk uit zijn vaststellingen had afgeleid dat de verdachte bij de verwurging aanwezig was geweest en zich daar niet van had gedistantieerd. Voorts had het hof kennelijk betekenis toegekend aan de gezamenlijkheid van het optreden.¹⁴⁰⁸ Hij achtte daarom het oordeel van het hof dat de verdachte ‘zo bewust en nauw’ met zijn mededader had samengewerkt dat sprake was van medeplegen niet onjuist en toereikend gemotiveerd.

Mevis begon zijn annotatie met de constatering dat dit arrest zich bevindt op de grens van de inhoudelijke eisen voor strafbaarheid terzake van medeplegen én (accent AR) op de grens van het bewijs daarvan. Hij merkte terloops op dat het criterium voor medeplegen nu werd geformuleerd als ‘bewust en nauw’, zonder de voorheen gebruikelijke toevoeging ‘volledig’. Hij meende dat het erop leek dat de Hoge Raad de grenzen voor deelneming ruimer stelt dan de feitenrechter pleegt te doen, juist door een passief element in de afweging te betrekken. Mevis zag als het opvallende van dit arrest dat die passiviteit nu wel een heel erg belangrijke en zelfstandige, om niet te zeggen doorslaggevende, rol in het bewijs van medeplegen was gaan vormen. Hij vond dat problematisch omdat hij dit criterium voor aansprakelijkheid inhoudelijk nog weinig sterk ontwikkeld achtte en dit ook tot een zekere grenzeloosheid aanleiding geeft.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad ook hier de grenzen van de dogmatiek heeft opgezocht om tot een gezien de maatschappelijke omstandigheden aanvaardbare uitspraak te komen, waarbij ongeloof aangaande de verklaring van de verdachte mogelijk een rol gespeeld heeft.

Andere uitkomst in een vergelijkbare zaak

Een arrest uit 2004 in een met de vorige twee besproken zaken vergelijkbaar geval leidde tot een ander resultaat.¹⁴⁰⁹ Ook in deze zaak was sprake van door een mededader gepleegd geweld. Eerst maar weer de feiten.

¹⁴⁰⁸ Die gezamenlijkheid had het hof naar het oordeel van de Hoge Raad afgeleid uit de gezamenlijke komst en de verklaring van verdachte dat hij eerder naar buiten was gegaan en in de auto op medeverdachte had gewacht, waarbij de Hoge Raad opmerkte dat tevens bleek dat het hof aan die verklaring geen geloof heeft gehecht. Daaraan verbond hij echter geen consequenties.

¹⁴⁰⁹ HR 26 oktober 2004, NJ 2004, 682 m.nt. PMe.

De verdachte had al een tijdje ruzie met het latere slachtoffer en had met hem een afspraak gemaakt bij een benzinestation. Directe aanleiding daarvoor was dat de verdachte die dag ter ore was gekomen dat het slachtoffer beledigende opmerkingen over zijn moeder had gemaakt. Naar deze afspraak ging ook de mededader mee. Naar de verdachte wist was deze bewapend. Aangekomen bij het benzinestation zag de verdachte dat het latere slachtoffer een vuurwapen in zijn hand had. Hij rende daarop weg, maar zijn medeverdachte schoot op het slachtoffer, die dientengevolge overleed.

Het hof veroordeelde de verdachte voor het medeplegen van doodslag, omdat zijn voorwaardelijk opzet op deze levensberoving zou zijn gericht. Het liet daarbij onder meer meewegen dat de ontmoeting op initiatief van de verdachte had plaatsgevonden; dat zijn medeverdachte in eerste instantie had verklaard dat de verdachte had gezegd dat hij het slachtoffer een lesje wilde leren; dat de verdachte wist dat zijn medeverdachte bewapend was en ook wel eens bij een ruzie had geschoten; dat hij na afloop nog een schoppende beweging naar het slachtoffer had gemaakt en ten slotte dat hij zich niet van het schieten door zijn mededader had gedistantieerd.

Franken stelde in zijn hiertegen gerichte cassatiemiddel onder meer dat dit geen bewijs opleverde van een nauwe en bewuste samenwerking gericht op dit geweld en wees op de onmogelijkheid zich te distantiëren, gezien de plotselinge escalatie die had plaatsgevonden. De Hoge Raad sloot zich hierbij aan en voegde nog toe dat uit de voor het bewijs gebruikte verklaring van de verdachte volgde dat de schoppende beweging tot doel had het pistool uit de hand van het slachtoffer te schoppen.¹⁴¹⁰ Hij oordeelde dat het medeplegen niet uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid en vernietigde het arrest.

Mevis veronderstelde in zijn annotatie dat de Hoge Raad hiermee niet bedoelde de grens tussen medeplegen en medeplichtigheid weer wat terug te schuiven. Het hof had zijns inziens op zijn minst een nadere bewijsoverweging aan de rechtsvraag moeten wijden, maar dat wilde nog niet zeggen dat de verdachte niet voor medeplegen veroordeeld had kunnen worden. Hem viel in dit arrest wederom (zoals al eerder bij arresten inzake het opzet) op hoe diep de Hoge Raad geneigd is in te gaan op de inhoud van bepaalde bewijsmiddelen en hoeveel secuurheid hij van de lagere rechter vraagt.¹⁴¹¹ Mevis besteedde ook aandacht aan het aspect van het zich niet distantiëren en wees op het verschil tussen dit arrest en het hiervoor besproken arrest uit 1998, waarin de medepleger van de schietende inbreker ook medeverantwoordelijk werd gehouden voor het door zijn maat gepleegde geweld.¹⁴¹² Hij wees erop dat het daar ging om een strafverzwarende omstandigheid en hier om medeplegen, het fundament van het delict zelf. Hij achtte het mogelijk dat de Hoge Raad aan 'medeplegen' als strafverzwarende omstandigheid minder zware eisen stelt dan aan medeplegen als daderschapsvorm. Hij sloot echter ook niet uit dat de Hoge

¹⁴¹⁰ In deze constatering valt een zelfstandige waardering van dit feit door de Hoge Raad te ontwaren.

¹⁴¹¹ Hij vroeg zich af of deze daar wel altijd tijd voor heeft.

¹⁴¹² HR 20 januari 1998, NJ 1998, 426.

Raad wat terughoudender was geworden en vond dat het geen kwaad kon als de grenzen van het bewijs strak worden gehouden.

Doorslaggevend is waarschijnlijk dat de feiten in deze zaak nogal verschillen van de vorige zaken: hier was het slachtoffer de eerste agressor en bevond de verdachte zich in eerste instantie zelfs in een noodweersituatie. Dat sluit weliswaar niet uit dat hij als medepleger van de daarop gevolgde doodslag had kunnen worden aangemerkt, maar dat lag voor wat betreft (wat Schalken noemt) ‘de maatschappelijke omstandigheden’ niet voor de hand.

Medeplegen met een vrijgesproken medeverdachte

Na al dit geweld is het haast een opluchting om een ‘gewone’ oplichtingszaak tegen te komen. In een uitspraak uit december 2005 ging het om hypotheekfraude.¹⁴¹³ In deze zaak was kennelijk de (enige) medeverdachte vrijgesproken, maar was de verdachte veroordeeld voor het medeplegen van oplichting.

Het hof had terzake overwogen dat aan het bewijs van het medeplegen niet afdeed dat de mogelijk enige andere bij dit feit betrokkene wegens het ontbreken van het vereiste opzet niet als medepleger kon worden aangemerkt.

In cassatie kon advocaat-generaal Machielse zich in die overweging vinden. Hij meende dat

‘als verlangd zou worden dat medepleger en uitvoerder hetzelfde opzet zouden hebben, (...) de onafhankelijke positie die het medeplegen inmiddels heeft gekregen onder druk (zou) kunnen komen te staan. De strafbaarheid van de medepleger hangt niet af van de strafbaarheid van degene met wie hij samenwerkt.’

De Hoge Raad oordeelde dat de in de cassatiemiddelen besloten liggende stelling dat een vrijspraak van een medeverdachte een veroordeling van de verdachte als medepleger uitsloot, geen steun vond in het recht. Daarentegen achtte hij de opvatting van het hof, dat het ontbreken van opzet bij degene met wie het strafbare feit wordt gepleegd niet aan veroordeling wegens medeplegen bij de ander in de weg staat, onjuist. Hier trok hij een grens: voor medeplegen is vereist dat sprake is van bewuste samenwerking met het oog op het verrichten van een strafbare gedraging.

De stoeptegelmoordzaak: een onaantastbare vrijspraak

De bekende stoeptegelzaak leidde tot het arrest van 18 maart 2008.¹⁴¹⁴ In deze zaak had een aantal jongeren vanaf een viaduct (brokken van) stoeptegels op de snelweg gegooid. Een van die brokken ging door de voorruit van een net passerende auto en trof de automobiliste dodelijk. Het hier besproken arrest betrof de verdachte B. Hij was de hele avond met het groepje van vier vrienden op stap geweest. Eerder die avond hadden twee van zijn vrienden al een zak met puin van een viaduct gegooid, waarbij een vrachtwagen was getroffen. Ook waren stokken op de weg gesmeten. Later gooiden diezelfde twee vrienden de brokken naar beneden die tot het

¹⁴¹³ NJ 6 december 2005, NJ 2007, 455. De middelen werden ingediend door G.P. Hamer en A.M. Ficq-Kengen.

¹⁴¹⁴ HR 18 maart 2008, NJ 2008, 209.

genoemde fatale gevolg leidden. De verdachte had zelf niets gegooid, maar was wel de hele avond aanwezig geweest.

De verdachte werd vervolgd voor het medeplegen van moord, maar het hof sprak hem daarvan vrij, omdat hij geen uitvoeringshandeling had verricht en niet was gebleken dat hij instemde met het gooien van de stukken stoeptegels. Ook verder bleek onvoldoende van de benodigde nauwe en bewuste samenwerking.

Het openbaar ministerie voerde in cassatie aan dat het feit dat de verdachte de hele avond met de rest van de groep was opgetrokken, zich ervan bewust was dat twee van zijn vrienden tegels wilden gaan gooien en zich desalniettemin niet van hen had gedistantieerd, voldoende was om hem als medepleger te kunnen aanmerken. Het vond dat het hof met zijn oordeel had miskend dat stilzwijgende samenwerking voldoende kan zijn voor strafbaar medeplegen en dat het oordeel onvoldoende was gemotiveerd, gezien artikel 359, lid 2, Sv.¹⁴¹⁵

De Hoge Raad herhaalde in zijn beoordeling van dit middel zijn vaste rechtspraak dat de feitenrechter vrij is in de selectie en waardering van het bewijsmateriaal en dat het feit dat het beschikbare bewijsmateriaal ook een andere bewijsbeslissing toelaat, de bewijsbeslissing niet onbegrijpelijk maakt. Hij overwoog dat in de overwegingen van het hof besloten lag dat de omstandigheid dat de verdachte zich niet had gedistantieerd, in de gegeven omstandigheden onvoldoende was om de vereiste nauwe en bewuste samenwerking te kunnen opleveren en oordeelde dat dit geen blijk gaf van een onjuiste opvatting van het begrip medeplegen. Evenmin hoefde het hof zijn oordeel nader te motiveren, waarbij de Hoge Raad in aanmerking nam wat de advocaat-generaal (Wortel) naar voren had gebracht. Deze had in zijn conclusie, met name terwille van de nabestaanden,¹⁴¹⁶ uitgelegd waarom ‘men in dit geval niet kan verwachten dat de Hoge Raad ingrijpt’. Hij voorzag in wezen het kort gemotiveerde oordeel van het hof alsnog van een uitvoerige uitleg. Ten eerste legde hij uit dat ‘je was erbij dus je bent erbij’, geen goede weergave was van de stand van de rechtspraak van dat moment. Hij benadrukte dat er ook bewijs moet zijn voor de wil van de verdachte op het plegen van het strafbare feit en zette de lezingen van partijen in hoger beroep tegenover elkaar. Hij liet zien dat het cruciale verschil tussen beide versies van de gebeurtenissen (waarbij het gooien van de tegels in de lezing van het openbaar ministerie gezien de eerdere gebeurtenissen van de betreffende avond voor de verdachte te verwachten was,¹⁴¹⁷ terwijl het in de lezing van de verdediging een voor

¹⁴¹⁵ In het arrest is niet vermeld welk lid van het OM het cassatiemiddel opstelde.

¹⁴¹⁶ Hij stelde dat in een geval als het onderhavige, waarin een verdachte is vervolgd omdat hij met het gebeurde in verband kon worden gebracht, maar na een juridisch debat is besloten dat er niet voldoende grond is hem te bestraffen, ‘we’ aan de slachtoffers en nabestaanden verplicht zijn dit zo goed mogelijk uit te leggen. Mogelijk voelde de Hoge Raad zich door dit ‘we’ aangesproken en verwees hij daarom expliciet naar deze overwegingen.

¹⁴¹⁷ Dit leidde het OM af uit de eigen verklaringen van de verdachte, die onder meer inhielden dat hij wist dat G. en V. al stokken op de snelweg hadden gegooid, en vervolgens een zak puin op de aanstormende vrachtwagen hadden laten vallen; dat de verdachte naar eigen zeggen het gevoel had dat G. en V. (de twee ‘gooiers’) niet inzagen waar zij mee bezig waren, en dat de verdachte op zeker moment had verklaard dat hij het gevoel had dat G. en V. weer iets raars gingen doen, terwijl hij ook had verklaard dat hij G. en V. had horen zeggen dat zij weer ‘iets gingen gooien’.

de verdachte onvoorziene impuls van de twee daders was geweest¹⁴¹⁸) was gelegen in niet zozeer de wil, als wel in de verwachting die de verdachte koesterde ten aanzien van hetgeen zijn twee vrienden zouden gaan doen. Hij stelde dat beide verklaringen plausibel waren (in die zin dat geen van beide ongeloofwaardige wendingen bevatte) en dat het hof kennelijk aan de versie van de verdediging doorslaggevende betekenis had toegekend.

Gezien de overwegingen van de Hoge Raad lijkt het inderdaad zeer aannemelijk dat een veroordeling in cassatie ook onaantastbaar zou zijn geweest.

Opnieuw moord: het zich niet distantiëren is niet voldoende

In maart 2010 verscheen weer eens een arrest waarin de vraag aan de orde was welke betrokkenheid nodig is voor het medeplegen van moord.¹⁴¹⁹ In deze zaak had medeverdachte 1 het plan opgevat een vrouw met wie hij problemen had te vermoorden. Hij besprak deze plannen met medeverdachte 2 in diens woning. De verdachte in het hier besproken arrest was de echtgenote van deze medeverdachte 2. Bij de plannen werd ook haar broer, medeverdachte 3, betrokken. Uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid dat zij van die plannen tot in detail op de hoogte was. Bij de uitvoering zelf was zij echter niet aanwezig. Het openbaar ministerie vervolgde haar voor het medeplegen van zowel de moord als het wegmaken van het lichaam.

De rechtbank sprak haar van beide feiten vrij, maar het hof veroordeelde haar daarvoor (in een wel zeer uitvoerig arrest) alsnog, omdat zij een aantal ondersteunende handelingen had verricht en na afloop het voertuig waarin het lijk was vervoerd had schoongepoetst. Het hof leidde daaruit af dat zij, wetend wat er ging gebeuren, zodanig nauw met de mededaders had samengewerkt, dat sprake was van medeplegen.

De verdachte stelde tegen deze veroordeling beroep in cassatie in. Dit beroep slaagde. De Hoge Raad overwoog zonder enige nadere motivering¹⁴²⁰ dat het bewezenverklaarde niet uit de bewijsmiddelen kon volgen en vernietigde het arrest.

Uit de conclusie van de advocaat-generaal Knigge, die zijn standpunt wel uitvoerig beargumenteerde, kan worden opgemaakt wat mogelijk de gedachtegang van de Hoge Raad is geweest.¹⁴²¹ In de middelen¹⁴²² was ten eerste aangevoerd dat een groot deel van de door de verdachte verrichte gedragingen zich na afloop van het feit hadden voorgedaan. Knigge wees er onder verwijzing naar een arrest van de Hoge Raad uit 1987¹⁴²³ op, dat ook betrokkenheid achteraf onder omstandigheden

1418 Daartoe was aangevoerd dat men naar het viaduct was teruggedrennen omdat G. en V. daar kort daarvoor een stuk beton de weg op hadden gesleept, waren weggerend omdat er een bestelbusje op ze afkwam, en dat stuk beton weer wilden terugvinden. De verdachte zou niet hebben verwacht dat ze op dat moment ook echt stukken steen zouden gooien en niet meer hebben kunnen ingrijpen toen hij zag dat dat toch gebeurde.

1419 HR 9 maart 2010, NJ 2010, 194 m.nt. Mevis.

1420 Maar wel in een 5-kamer.

1421 Maar zeker is dat niet. Het gebrek aan motivering kan immers ook duiden op gebrek aan overeenstemming over die motivering binnen de kamer.

1422 Opgesteld door K. Canatan en P. Scholte.

1423 HR 15 december 1987, NJ 1988, 835.

als medeplegen kan worden gekwalificeerd, met name als die betrokkenheid voortvloeit uit een voor het plegen van het misdrijf gemaakte afspraak, of als die gedragingen een bepaald licht werpen op de rol die de verdachte voorafgaand aan, en tijdens het delict speelde. Knigge meende echter dat hiervan in het onderhavige geval geen sprake was. Weliswaar had de verdachte zich niet gedistantieerd, maar onder verwijzing naar het stoeptegels-arrest¹⁴²⁴ stelde hij dat dat op zichzelf niet, althans niet steeds, voldoende is om medeplegen te kunnen aannemen. Hij meende dat dit temeer geldt wanneer de verdachte niet lijfelijk bij de uitvoering van de feiten aanwezig is geweest. Die lijfelijke afwezigheid moet dan gecompenseerd worden door andere omstandigheden, bijvoorbeeld doordat de verdachte een drijvende kracht op de achtergrond is geweest en daardoor een aan die van de andere verdachten gelijkwaardige rol heeft gehad. Daarvan was niet gebleken. Hij zag haar rol veeleer als een uitvloeisel van haar persoonlijke band met de verdachten: ‘Van vrouwen wordt soms gezegd dat zij hun man bij zijn werk tot grote steun zijn geweest, maar dat impliceert dan niet dat zij dat werk samen met hun man hebben gedaan.’¹⁴²⁵ Hij concludeerde dan ook tot vernietiging van het arrest van het hof, welk advies de Hoge Raad als gezegd volgde.

Medeplegen van flessentrekkerij

Over het medeplegen van flessentrekkerij ging een arrest van november 2010.¹⁴²⁶ Het hof had ten aanzien van de verdachte in deze zaak bewezen verklaard dat zij, tezamen en in vereniging met haar medeverdachte (haar partner), een gewoonte had gemaakt van het kopen van allerlei zaken zonder daarvoor te betalen.

In het middel werd geklaagd dat ten aanzien van een van die voorvallen het medeplegen niet kon blijken. Inderdaad bleek uit de bewijsmiddelen ten aanzien van dat feit niet dat dat feit door de twee verdachten gezamenlijk was gepleegd.

Machielse meende dat men ook medepleger van flessentrekkerij kan zijn als men slechts betrokken is bij een van de aankoophandelingen, maar wel beseft dat deze onderdeel is van een reeks die door de ander is gerealiseerd. De Hoge Raad dacht daarover echter anders. Hij achtte het middel daarom gegrond en vernietigde de beslissing terzake.

Conclusie

Het voorgaande overziende valt op dat in het bekeken tijdvak vooral de passieve, zich niet distantiërende, verdachte een belangrijke rol in de jurisprudentie van de Hoge Raad over dit onderwerp heeft gespeeld.

Een paar maal heeft de Hoge Raad het zich niet-distantiëren (mede)bepalend geacht voor het bewijs van medeplegen. In twee gevallen, de Van Mechelenzaak en

¹⁴²⁴ HR 18 maart 2008, NJ 2008, 209, hiervoor besproken.

¹⁴²⁵ Niet duidelijk is of deze zin blijkt geeft van een droog gevoel voor humor of van een zekere onfeministische grondhouding. Dat laat overigens onverlet dat de stelling waar is en illustratief voor de casus.

¹⁴²⁶ HR 2 november 2010, LJN: BM4208.

dat van de moord met de snelbinder¹⁴²⁷ bestaat de indruk dat dit ‘pour besoin de la cause’ is gebeurd. Dit betrof zaken die zich ten eerste kenmerkten door hun bijzondere ernst. Verder waren de verdachten in deze zaken lijfelijk bij, of zeer dichtbij, het plegen van de feiten aanwezig geweest en hadden zij daarvoor geen aannemelijke verklaring gegeven, (mede) waardoor hun rol bij het plegen van de feiten onduidelijk was gebleven. Met andere woorden: dat deze daders in werkelijkheid ook zelf uitvoeringshandelingen hadden gepleegd lag voor de hand, maar was onbewijsbaar. Mogelijk heeft de Hoge Raad deze (innerlijke) overtuiging gehad en om die reden het begrip medeplegen met name in laatstgenoemde zaak tot het uiterste opgerekt om toch tot een (vanuit genoemde overtuiging) rechtvaardige materiële beslissing te kunnen komen.

In de andere zaken waarin het zich niet distantiëren in de overwegingen voorkwam speelde dit een veel minder prominente rol. In de ene zaak¹⁴²⁸ was het duidelijk dat de verdachte door zijn enkele aanwezigheid, die waarschijnlijk als een vorm van bewaking werd opgevat, een bijdrage aan de vrijheidsberoving had geleverd en in de andere ging het om de toerekening van een strafverzwarende omstandigheid.¹⁴²⁹ Daaraan lijkt de Hoge Raad toch minder zware eisen te stellen dan aan het aannemen van medeplegen als daderschapsvorm.

Zeker kan dus niet gezegd worden dat het zich niet distantiëren normaliter voldoende is om medeplegen te bewerkstelligen. In de twee gevallen waar dat wel het geval werd geacht, leek de Hoge Raad de jurisprudentiële regels zeer ruim te nemen om in een zeer ernstige zaak tot een materieel rechtvaardig geachte uitspraak te kunnen komen.

Een ander voorbeeld van een geval waarin de Hoge Raad het begrip ‘medeplegen’ (en het begrip ‘ondeugdelijke poging’) om dezelfde reden leek op te rekken was dat van de mededader die op het slachtoffer instak toen dat mogelijk al was overleden.¹⁴³⁰

Bezien vanuit de chronologie valt op dat de laatste 20 jaar geen duidelijke trend zichtbaar was. Het niet nemen van afstand als relevante factor voor het aannemen van medeplegen vormde wel een uitbreiding van het medeplegen ten opzicht van de periode daarvoor, maar vond voor het eerst al in 1992 plaats en dus vroeg in de onderzochte periode. Daarmee gaf de Hoge Raad wel een reikwijdte aan het begrip medeplegen die niet eerder werd gezien. Toch is in de jaren daarna niet gebleken dat de inhoud van het begrip medeplegen hierdoor wezenlijk was veranderd ten opzichte van de jurisprudentie van sinds het Containerdiefstalarrest uit 1981.¹⁴³¹ De maatstaf veranderde wel enigszins, doordat het woord ‘volledige’ verdween uit het criterium van de ‘nauwe en bewuste’ samenwerking, maar tot grote gevolgen leidde dat niet. Het zich niet distantiëren kwam nog enkele malen in arresten terug, maar van een

¹⁴²⁷ HR 9 juni 1992, NJ 1992, 773 (de mededader in de Van Mechelenzaak); en HR 12 april 2006, NJ 2006, 577 (de moord met de snelbinder).

¹⁴²⁸ HR 11 januari 2000, NJ 2000, 228 (de ontvoeringszaak in de woning).

¹⁴²⁹ HR 20 januari 1998, NJ 1998, 426.

¹⁴³⁰ HR 28 mei 2002, NJ 2003, 142.

¹⁴³¹ HR 17 november 1981, NJ 1983, 84 m.nt. ThWvV.

overgang naar een collectieve aansprakelijkheid¹⁴³² kan zeker niet gesproken worden.

Kortom: Machielse stelde in 1989 terecht dat de ‘stormachtige ontwikkelingen’ op het gebied van het medeplegen zich voordeden in de jaren tachtig. Hoewel daarna dus nog wel enige verdere uitbreiding aan het begrip werd gegeven (het zich niet distantiëren, dat vooral wordt toegepast in ‘noodgevallen’), vonden geen grote koerswijzingen meer plaats. In de meest recente jaren heeft de Hoge Raad de grenzen van het medeplegen eerder ten gunste van de verdachte bewaakt. Wel is hij gemakkelijk waar het gaat om het toerekenen van strafverzwarende omstandigheden.

10.2.4 Voorbereidingshandelingen in de zin van artikel 46 Sr

Omdat voorbereidingshandelingen een vorm van algemene uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid inhouden, wordt toch ook daaraan aandacht besteed, al is de jurisprudentie erover schaars.

De strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in algemene zin¹⁴³³ dateert van 1994 en was eigenlijk een reactie op het beperkte bereik dat de Hoge Raad gaf aan het begrip ‘begin van uitvoering’ als bedoeld in artikel 45 Sr, de strafbare poging.¹⁴³⁴

De eerste ‘buitengrenzen’

De eerste gepubliceerde uitspraak van de Hoge Raad hierover dateert van 1998.¹⁴³⁵ Het betrof een zaak waarin de verdachte ter voorbereiding van een overval onder meer een pistool en bivakmutsen voorhanden had gehad. Het hof had dit feit onjuist gekwalificeerd, door na te laten aan te geven op welk hoofdfeit de voorbereiding betrekking had. De Hoge Raad verbeterde ambtshalve.

De volgende uitspraak dateert van 2002.¹⁴³⁶ Hoewel het cassatieberoep niet was gericht tegen het inhoudelijk oordeel over deze bepaling, kon uit het arrest wel worden opgemaakt dat de Hoge Raad het niet nodig achtte dat uit de bewijsmiddelen kon blijken op welke wijze het voorbereide misdrijf gepleegd zou gaan worden, zo lang maar bleek dat was voldaan aan het wettelijk vereiste dat het zou gaan om een misdrijf waarop een gevangenisstraf van minstens acht jaar is gesteld.

1432 Zoals Knigge in zijn noot bij NJ 1992, 773 leek te voorzien.

1433 Het voorbereiden van bepaalde Opiumwettelijke delicten was al langer strafbaar.

1434 Zie 't Hart, in zijn noot onder HR 9 oktober 1990, NJ 1991, 30. Hij wees onder meer op het Grenswisselkantoorarrest van 8 september 1987, NJ 1988, 612, waarin de Hoge Raad de situatie waarin twee personen die een roofoverval op een Grenswisselkantoor hebben voorbereid in een gestolen auto met valse kentekenplaatsen bewapend op een kantoorbediende wachten niet als ‘begin van uitvoering’ aanmerkte.

1435 HR 20 oktober 1988, NJ 1999, 64. Het middel (dat in het gepubliceerde deel van het arrest niet werd besproken, maar ongegrond werd verklaard) werd ingediend door G. Spong.

1436 HR 17 september 2002, NJ 2002, 626.

‘Kennelijk bestemd tot’

Meer duidelijkheid over de wijze waarop de Hoge Raad deze nieuwe wetgeving interpreteerde ontstond in 2003, toen de Hoge Raad twee arresten wees waarin de betekenis van deze bepaling, en met name van het bestanddeel ‘kennelijk bestemd tot’¹⁴³⁷ (het plegen van misdrijven), wel aan de orde kwam.

In het eerste arrest ging het om een verdachte die werd beschuldigd van het voorbereiden van een of meer bankovervallen.¹⁴³⁸ Hem was ten laste gelegd dat hij daartoe allerlei goederen voorhanden had gehad, waaronder inbrekersgereedschap, een auto, tape, vuurwapens en video-opnamen van de openingsprocedures van een aantal banken. Het hof had hem daarvoor ook veroordeeld.

In een van de middelen¹⁴³⁹ werd gesteld dat uit de bewezenverklaring niet kon volgen dat deze goederen ‘kennelijk’ bestemd waren tot het plegen van enig misdrijf. De Hoge Raad bekeek de wetsgeschiedenis en oordeelde dat het hof deze voorwerpen ‘indien al niet afzonderlijk, dan toch in hun gezamenlijkheid’ had beoordeeld op ‘hun uiterlijke verschijningsvorm, op het daarvan gemaakte gebruik en op het misdadige doel dat de verdachte en zijn mededader met het gebruik voor ogen hadden’ en dat dit niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigde. De intentie van de dader was derhalve mede bepalend voor de ‘kennelijke’ bestemming van de voorwerpen.

In het tweede arrest ging het slechts om het voorhanden hebben van een auto, waarmee de verdachte en zijn mededader kennelijk een bank hadden ‘afgelegd’.¹⁴⁴⁰ Dat leidde echter tot dezelfde overweging en conclusie. Overigens dacht de advocaat-generaal Keijzer, die in beide zaken concludeerde, er niet anders over.¹⁴⁴¹

Dat deed wel Doornbos, die het in de Kroniek van het straf(proces)recht betreunde dat op deze manier de beperkende werking die in het woordje ‘kennelijk’ zou kunnen worden gelezen (welke beperking door sommigen wenselijk werd geacht gezien het wel zeer ruime bereik van de strafbaarstelling), sterk leek te zijn gerelativeerd.

De al dan niet criminele intentie

In een uitspraak uit 2004 bleek dat de intentie van de verdachte (of beter: het gebrek aan een boze intentie) ook in zijn voordeel kon werken, zelfs als het voorwerp wat hij voorhanden heeft wel ‘kennelijk’ bestemd is om een misdrijf te begaan.¹⁴⁴²

De zaak betrof een verdachte in wiens jaszak tijdens een huiszoeking een brief werd aangetroffen waarin informatie stond die nuttig zou kunnen zijn bij het

1437 Bij Wet van 20 november 2006 is het woord ‘kennelijk’ komen te vervallen (Stb. 2006, 580).

1438 HR 18 november 2003, LJN: AJ0517.

1439 Ingediend door G. Spong.

1440 HR 18 november 2003, LJN: AJ0535. Uit de conclusie van de advocaat-generaal kan worden afgeleid dat de verdachte tijdens dit ‘afleggen’ kennelijk is geobserveerd en dat ook zijn medeverdachten een nacht eerder bij dezelfde bank zijn geobserveerd, maar de bewijsmiddelen voor dit feit zijn helaas niet in de samenvatting van het arrest opgenomen. Beide 18 november-zaken werden overigens in een 5-kamer gewezen.

1441 Helaas zijn in de publicaties die van dit arrest te vinden zijn (naast in rechtspraak.nl ook in JOL) de middelen van respectievelijk Spong en Stassen niet opgenomen.

1442 HR 17 februari 2004, JOL 2004, 100.

voorbereiden van een overval op een geldtransportauto, zoals de werkwijze en beveiligingssystemen van het bedrijf Geldnet. Deze verdachte werd vervolgd voor voorbereidingshandelingen. Het hof stelde vast dat de verdachte deze brief had ontvangen, gelezen en gedurende twee maanden in zijn jaszak had bewaard. Het leidde daaruit af dat hij daardoor opzettelijk een informatiedrager in zijn bezit had gehad die kennelijk was bestemd tot het begaan van een misdrijf als bedoeld in artikel 46 Sr.

In cassatie stelden Hamer en Ficq-Kengen dat het hof artikel 46 Sr aldus had geschonden, omdat niet was gebleken van concrete aanwijzingen dat de verdachte ook daadwerkelijk de intentie had een overval op Geldnet te gaan plegen. De advocaat-generaal Jörg meende dat dit middel faalde, omdat voldoende zou zijn dat het opzet van de verdachte gericht was op de kennelijke criminele bestemming van (in casu) de gegevensdrager die hij voorhanden had.

De Hoge Raad oordeelde echter anders, omdat uit de bewijsmiddelen inderdaad niet kon worden afgeleid dat het voorhanden hebben strekte tot de voorbereiding van een feit als bedoeld in artikel 46 Sr.

Concrete of acute gevaarzettendheid is niet nodig

De bekendste uitspraak over dit onderwerp is de zaak Samir A.¹⁴⁴³ Tijdens een doorzoeking van zijn woning werden allerlei spullen aangetroffen die door het openbaar ministerie werden betiteld als voorwerpen die kennelijk¹⁴⁴⁴ bestemd waren tot het voorbereiden van terroristische aanslagen. Het hof stelde vast dat de verdachte ook terroristische intenties had en geprobeerd had een explosief in elkaar te knutselen. De aangetroffen voorwerpen (schetsen, plattegronden e.d. van het gebouw van de AIVD en de kazerne van het Korps Commandotroepen en de spullen waarmee was geprobeerd een bom te maken) waren zo primitief en knullig, dat het hof vond dat daarvan geen reële dreiging (binnen afzienbare termijn) kon uitgaan. Het hof leidde uit die knulligheid af dat die voorwerpen niet 'kennelijk waren bestemd tot' een terroristische aanslag, omdat die voorwerpen dat doel in objectieve zin redelijkerwijs niet konden hebben en sprak de verdachte vrij. Het openbaar ministerie kwam van die uitspraak in cassatie.¹⁴⁴⁵

De Hoge Raad overwoog dat het hof aldus kennelijk de maatstaf had aangelegd of de voorwerpen naar hun aard of hun concreet dan wel acuut gevaarzettend karakter daadwerkelijk konden bijdragen aan het begaan van het misdrijf. Dat gaf volgens de Hoge Raad, die uitvoerig uit de wetsgeschiedenis citeerde, blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het er gezien die geschiedenis om gaat of de voorwerpen afzonderlijk dan wel gezamenlijk naar hun uiterlijke verschijningsvorm dienstig konden zijn aan het misdadige doel dat de verdachte kennelijk voor ogen stond. Opnieuw gaf de subjectieve benadering dus de doorslag.

¹⁴⁴³ HR 20 februari 2007, JOL 2007, 134.

¹⁴⁴⁴ Het feit viel nog onder de oude wetgeving.

¹⁴⁴⁵ Het middel werd opgesteld door G.C. Haverkate en tegengesproken door A.A. Franken.

Voorwaardelijk opzet is voldoende

Een Ajax-supporter die met vier anderen in zijn auto op weg was gegaan om samen met nog zo'n 100 anderen het ADO-honk in Den Haag te bestormen, maar dat honk niet had kunnen vinden was onverrichterzake maar terug naar Amsterdam gereden.¹⁴⁴⁶ Onderweg werden zij echter staande gehouden door de politie, die langs de A4 had postgevat naar aanleiding van de melding dat in Den Haag gevochten was tussen ADO- en Ajaxfans. In verdachte auto werden diverse knuppels, een boksbeugel, een ploertendoder en nog andere als wapen te gebruiken voorwerpen aangetroffen. De verdachte werd onder meer vervolgd terzake van voorbereidingshandelingen tot het plegen van zware mishandeling. Ter terechtzitting in hoger beroep ontkende hij dat hij het opzet had gehad op het (gaan) plegen van die zware mishandeling. Het hof verwierp dit verweer, onder meer verwijzend naar zijn wetenschap van het doel van de rit naar Den Haag en van de in zijn auto aanwezige voorwerpen. Kennelijk¹⁴⁴⁷ leidde het hof hieruit af dat de verdachte voorwaardelijk opzet op de bewezenverklaarde handelingen had, want in cassatie klaagde de verdachte daarover.¹⁴⁴⁸

De Hoge Raad verklaarde deze klacht echter ongegrond. Hij verwees naar de wetsgeschiedenis, waaruit met zoveel woorden bleek dat de wetgever had bedoeld dat voorwaardelijk opzet voldoende is om de strafrechtelijke aansprakelijkheid terzake van voorbereidingshandelingen te doen intreden.

Technische kwesties rond de alternatieve tenlastelegging en bewezenverklaring

In een arrest van 5 april 2011 herhaalde de Hoge Raad dat duidelijk moet zijn op welk hoofdfeit de voorbereidingshandelingen betrekking hadden.¹⁴⁴⁹ Dat heeft gevolgen voor zowel de tenlastelegging en de bewezenverklaring, als de kwalificatie. De Hoge Raad zette die gevolgen in dit arrest uiteen en voegde daaraan toe dat, als ten tijde van het opstellen van de tenlastelegging nog niet duidelijk is op welk hoofdfeit de voorbereiding betrekking had en of sprake zou zijn van een of meer hoofdfeiten, dit probleem ondervangen kon worden door middel van cumulatieve, alternatieve of subsidiaire tenlasteleggingen. In het geval van de alternatieve tenlastelegging van meer hoofdfeiten is een alternatieve bewezenverklaring door de rechter slechts toelaatbaar voorzover de keuze uit de alternatief vermelde kwalificaties voor de strafrechtelijke betekenis van het feit van geen belang is. De Hoge Raad stelde dat dat belang er in ieder geval wel is ingeval aan de alternatieven ongelijke strafmaxima zijn verbonden. Aan deze vereisten voldeed de inderdaad alternatieve bewezenverklaring van het hof niet en de Hoge Raad vernietigde dan ook diens arrest.

In een snijdend commentaar stelde Mevis dat de Hoge Raad niet voor de eerste maal 'betrekkelijk elementaire aspecten van ons systeem' een en andermaal moest uitleggen. Met name het feit dat het hier niet om een zelfstandige strafbepaling gaat,

¹⁴⁴⁶ HR 7 juli 2009, NJ 2009, 401.

¹⁴⁴⁷ De overwegingen van het hof zijn niet in de NJ opgenomen.

¹⁴⁴⁸ De middelen werden ingediend door M.P. de Klerk.

¹⁴⁴⁹ HR 5 april 2011, NJ 2011, 316 m.nt. Mevis. De middelen werden ingediend door Kuijper en M. Mulder.

maar om een deelnemingsvorm was zo'n elementair gegeven dat kennelijk in herinnering moest worden gebracht. Inhoudelijk bevatte het arrest zijns inziens niet veel nieuws en daar had hij ook wel gelijk in.

Conclusie

Uit het voorgaande blijkt niet echt van 'rechtsontwikkeling' van de Hoge Raad met betrekking tot deze bepaling. Hij bleef dichtbij de opvattingen die de wetgever tot de invoering van deze bepaling hadden gebracht. Waarschijnlijk daarom heeft hij de woorden 'kennelijk bestemd tot', niet beperkend geïnterpreteerd door daarop een zekere objectieve toets toe te passen. De intentie van de verdachte werd daardoor een doorslaggevend element in de afwegingen.

10.3 Individuele delicten

10.3.1 Criminele organisatie

De criminele organisatie speelde in de jurisprudentie van voor 1988 geen grote rol, omdat het delict niet vaak ten laste werd gelegd.¹⁴⁵⁰ In 1988 werd het bestanddeel 'rechtspersoon' gewijzigd in 'organisatie', waarna het openbaar ministerie de bepaling ontdekte als vervolgingsmogelijkheid voor 'gewone' criminaliteit.

Het oude bestanddeel rechtspersoon

In 1989 werd een zaak die nog onder de oude tekst van artikel 140 Sr werd vervolgd aan de Hoge Raad voorgelegd.¹⁴⁵¹ Het ging in de betreffende zaak om een bedrijf dat handelde in tweedehands auto's. Binnen dit bedrijf had zich een informele organisatie ontwikkeld van werknemers die in nauwe samenwerking de klanten voorlogen over de eigenschappen van hun koopwaar.¹⁴⁵²

De verdachte, die bij dit bedrijf in loondienst was, werd door het hof veroordeeld voor deelname aan een criminele rechtspersoon. Het hof overwoog dat het strafrechtelijke begrip 'rechtspersoon', als bedoeld in artikel 140 eerste lid Sr, een eigen inhoud heeft, te weten een samenwerkingsverband, waarin twee of meer personen volgens door hen gestelde regels en voor een door hen gesteld doel willen samenwerken en daartoe tegenover derden als een eenheid optreden. Het sloot daarmee naadloos aan bij de formulering die de Hoge Raad had gegeven in zijn arrest van 26 november 1985.¹⁴⁵³ Omtrent het begrip 'deelneming' in artikel 140 Sr overwoog het hof dat dit veeleer een feitelijke inhoud heeft en dat onder die term moet worden verstaan het vervullen van een zodanige rol in een geheel van (voorgenomen) handelingen dat die rechtspersoon (mede) daardoor functioneert of kan functioneren. Ook daarmee sloot het aan bij eerdere jurisprudentie.¹⁴⁵⁴

¹⁴⁵⁰ De tekst van de bepaling is een aantal malen gewijzigd. Voor 1976 was strafbaar deelname aan een criminele vereniging en tussen 1976 en 1988 deelname aan een criminele rechtspersoon.

¹⁴⁵¹ HR 6 juni 1989, NJ 1990, 49 m.nt. ThWvV.

¹⁴⁵² Zo kan uit de noot van Van Veen in combinatie met het tenlastegelegde worden begrepen.

¹⁴⁵³ HR 26 november 1985, NJ 1986, 389.

¹⁴⁵⁴ Zie de conclusie van de advocaat-generaal Fokkens.

De verdachte kwam van deze uitspraak in cassatie, maar zonder succes: de Hoge Raad oordeelde dat het hof aldus geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Van Veen wees er in zijn annotatie op dat de wetgever bij het wijzigen van artikel 140 Sr had bedoeld de reikwijdte van de bepaling (weer) te verruimen tot die welke hij had toen daar nog ‘vereniging’ in stond. Hij meende dat de nieuwe tekst van artikel 140 Sr eigenlijk gemakkelijker op de hier aan de orde zijnde informele organisatie paste dan de oude. De Hoge Raad noemde echter de nieuwe tekst niet eens en zag er kennelijk geen probleem in deze organisatie binnen een civielrechtelijke rechtspersoon als strafrechtelijke rechtspersoon aan te merken.¹⁴⁵⁵

De maatstaven van het Mariënburcht-arrest

Hét standaardarrest over criminele organisatie was (en is) natuurlijk het Mariënburcht-arrest uit 1990.¹⁴⁵⁶ Ook in deze zaak werd overigens nog onder de oude tekst van artikel 140 Sr vervolgd, maar het ging dit keer niet over (de betrokkenen bij) een civielrechtelijke rechtspersoon.

Het betrof krakers en hun sympathisanten, die zich hadden verzet tegen ontruiming van het door hen gekraakte pand. Zij hadden zich daartoe georganiseerd, maar (op advies van hun advocaten) steeds wanneer zij naar buiten traden uitdrukkelijk gesteld dat zij dat ieder op persoonlijke titel deden. De ontruiming zelf was fors uit de hand gelopen.¹⁴⁵⁷ Voor het openbaar ministerie was vervolging van betrokkenen bij deze (en andere) krakersrellen lastig, omdat daarbij veel en moeilijk herkenbare mensen (er werden doeken voor het gezicht gedragen en soms zou van kleding zijn gewisseld) betrokken waren.

Een antwoord op de daardoor veroorzaakte bewijsproblemen was het tenlasteleggen van deelneming aan een criminele organisatie.¹⁴⁵⁸ Dat lukte: het hof veroordeelde de verdachte in de onderhavige zaak onder meer voor (het medeplegen van) deelneming aan een criminele rechtspersoon, die onder meer het plegen van openlijk geweld, brandstichting, mishandeling en vernieling tot oogmerk had. Het hof overwoog daartoe onder meer dat de krakers deel hadden uitgemaakt van een samenwerkingsverband dat leek op een vereniging.¹⁴⁵⁹

1455 Waarschijnlijk speelde daarbij wel een rol dat zij, zoals het hof had overwogen, onder de naam van de rechtspersoon naar buiten traden. Overigens moet ook worden opgemerkt dat deze ruime opvatting in lijn lijkt te zijn met wat de wetgever had bedoeld.

1456 HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 442 m.nt. C.

1457 Zie over dit alles de noot van Groenhuijsen bij dit arrest in *Ars Aequi*. Hij vermeldt ook dat na afloop van de ontruiming van de Mariënburcht voor ruim 3,5 miljoen gulden schade was aangericht en 10 ME-ers gewond waren geraakt. Groenhuijsen, 1991:416-425.

1458 Uit het arrest wordt duidelijk dat de politie veel had ingezet op het opsporingsonderzoek en daarbij vergaande opsporingsmethoden had gebruikt (zo was er getapt, waren mogelijk onbevoegd foto's van 95 verdachten opgevraagd en was er langdurig en intensief verhoord, zodanig dat dit als intimiderend was ervaren). De verdediging had zich, zo blijkt uit de in de middelen veelvuldig geciteerde pleitnota van advocaat J. Pen, op het standpunt gesteld dat hierdoor was gehandeld in strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde.

1459 Ter feitelijke invulling daarvan constateerde het hof bijv. dat (als regel) wekelijkse vergaderingen werden gehouden die ook werden genoteerd; dat sprake was van een financiële administratie; dat werkverdeling plaatsvond door de aanstelling van subgroepen; dat onder de naam ‘de

Advocaat Donk diende tegen onder meer dit oordeel een aantal cassatiemiddelen in. Daarin werd onder meer de stelling ingenomen dat geen sprake was geweest van één samenwerkingsverband, maar van individuen en wisselende groepjes die in steeds verschillende samenstelling en op verschillende momenten het verzet tegen de uitzetting hadden voorbereid. Deze personen hadden uitdrukkelijk te kennen gegeven geen vereniging te willen zijn. Daarnaast was sprake geweest van een (wel gestructureerde) bewonersgroep, maar die had zich als zodanig niet met het verzet beziggehouden. Tot slot werd gesteld dat de groep die het verzet voorbereidde tot doel had dat geweldloos te doen. Dat een aantal groepsleden daar anders over dacht deed niet aan af aan die intentie van de groep als zodanig. Aan deze stellingen werden bewijs- en rechtsklachten verbonden.

De bewijsklachten luidden dat het hof ten eerste ten onrechte uit de bewijsmiddelen had afgeleid dat de individuen en wisselende groepjes gedurende de gehele ten laste gelegde periode een (zelfde) vereniging vormden en dat het hof deze individuen en groepjes ten onrechte had vereenzelvigd met de bewonersgroep, en ten tweede dat het hof ten onrechte had aangenomen dat sprake was geweest van het oogmerk op het plegen van misdrijven.

De rechtsklachten hielden in dat het hof de betekenis van de term ‘rechtspersoon’ had miskend door de personen en groepjes die zich bezig hielden met een eenmalige verzetsactie als zodanig te kwalificeren en had miskend dat wanneer mensen geen vereniging willen oprichten, er ook geen vereniging is. Een andere klacht was dat het oogmerk van een rechtspersoon niet kan zijn gericht op misdrijven als vernieling en mishandeling, die hij immers zelf niet kan plegen. Ten slotte werd geklaagd over schending van het legaliteitsbeginsel.

In cassatie verwierp de Hoge Raad de bewijsklachten met de overweging dat het hof het bestaan van een vereniging uit de bewijsmiddelen kon afleiden. Daaraan kon niet afdoen dat een deel van de kenmerken die het hof daarvoor van belang had geacht (zoals het houden van vergaderingen en het bijhouden van een financiële administratie) geen betrekking had op het verzet, maar op het woongenot en de exploitatie van het pand. Daarmee leek de Hoge Raad de bewonersgroep en de voorbereiders van de verzetsacties evenals het hof als één samenwerkingsverband te beschouwen. Voorts overwoog hij nogal cryptisch dat het middel feitelijke grondslag miste voor zover het ervan uitging dat bewezenverklaring zou inhouden dat in de gehele bewezen verklaarde periode sprake zou zijn geweest van eenzelfde vereniging die het karakter van een rechtspersoon had. Kennelijk vond de Hoge Raad dat de bewezenverklaring de mogelijkheid openliet dat de verdachte in deze zaak deel had uitgemaakt van verschillende groepjes, die wellicht niet alle tot het samenwerkingsverband behoorden, maar dat hij in ieder geval op enig moment gedurende die periode aan ten minste één als ‘rechtspersoon’ aan te merken

Mariënburcht’ en soortgelijke benamingen werd opgetreden naar buiten middels o.m. publiciteit, fondsenwerving en werving van nieuwe ‘leden’. Het geproclameerde verzet impliceerde het plegen van misdrijven, met gebruikmaking van o.m. rookbommen, barricademateriaal, autobanden e.d.

samenwerkingsverband had deelgenomen, en dat dit voldoende was voor een bewezenverklaring.

In reactie op de rechtsklacht omtrent het begrip ‘rechtspersoon’ formuleerde de Hoge Raad voor het eerst het ook nu nog gehanteerde criterium: ‘voor het deelnemen aan een vereniging als bedoeld in de tenlastelegging (...) is niet nodig de wil om lid te zijn van een vereniging in civielrechtelijke zin, doch het deelnemen in feitelijke zin aan een gestructureerd samenwerkingsverband, dat tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven’. Hij bevestigde bovendien zijn eerdere jurisprudentie dat dit oogmerk tevens moet inhouden dat die misdrijven gedurende enige tijd worden gepleegd.¹⁴⁶⁰ Hij oordeelde dat het hof in het onderhavige geval kon aannemen dat dit het geval was geweest, nu het onder meer had vastgesteld dat het geplande verzet al ruim voor de ontruiming zou beginnen.¹⁴⁶¹

Met betrekking tot de klacht dat een rechtspersoon niet het oogmerk kan hebben op het plegen van feiten die hij zelf niet kan plegen, herhaalde de Hoge Raad alweer eerdere jurisprudentie, dat dit oogmerk mede omvat het geval dat het oogmerk is gericht op het door anderen plegen van misdrijven, of uitlokking daarvan, dan wel medeplichtigheid daaraan.¹⁴⁶²

Ten slotte achtte hij het oordeel van het hof dat het legaliteitsbeginsel niet was geschonden, omdat (kort gezegd) de burger de doeleinden van de vereniging waaraan hij deelneemt aan de wet kan toetsen, voldoende gemotiveerd.

Corstens was in zijn annotatie vrij neutraal. Hij stelde dat de Hoge Raad met het nieuwe criterium iets meer helderheid had geschapen over artikel 140 Sr. Hij had kennelijk wel vraagtekens bij het continuïteitsvereiste, want hij vroeg zich af of daaraan niet zou zijn voldaan als uitsluitend zou zijn beoogd geweld te gebruiken op de dag van de ontruiming. Voor dit onderzoek nog interessant is dat hij stelde dat de rechtspraak de term ‘rechtspersoon’ sinds de introductie daarvan in artikel 140 Sr in 1976 bijna altijd ruim had uitgelegd.

Groenhuijsen was in zijn noot bij een parallel arrest in *Ars Aequi* uitgesproken kritisch.¹⁴⁶³ Hij betreurde het zeer dat de Hoge Raad niet duidelijk had gemaakt welke factoren een rol kunnen spelen bij het aannemen van het bestaan van een duurzaam en gestructureerd samenwerkingsverband. Daarbij vond hij dat de Hoge Raad aan diverse bestanddelen van artikel 140 Sr een wel erg ruime interpretatie gaf. Met betrekking tot het vereiste van continuïteit merkte hij op dat uit dit arrest en eerdere jurisprudentie leek te volgen dat de Hoge Raad op dat punt geen hoge eisen

¹⁴⁶⁰ Zie HR 14 mei 1985, NJ 1986, 11 m.nt. GEM.

¹⁴⁶¹ Dit bleek uit de overweging dat het hof niet had miskend dat voor overtreding van artikel 140 Sr noodzakelijk is dat sprake is van het ‘gedurende enige tijd’ plegen van misdrijven, nu het had geoordeeld dat de vereniging beoogde gestructureerd verzet te plegen tegen de komende ontruiming, wat gepaard zou gaan met het plegen van misdrijven van verschillende aard in een tevoren niet bepaalde omvang en niet alleen op de dag van de ontruiming maar ook geruime tijd voordien.

¹⁴⁶² In de middelen was het bestaan van de betreffende eerdere uitspraak onderkend, maar was gesteld dat de betreffende uitspraak feiten had betroffen die ook door de rechtspersoon zelf gepleegd hadden kunnen worden.

¹⁴⁶³ Groenhuisen, 1991:416-425. Dit arrest is niet in de NJ of een van de andere gangbare jurisprudentiedatabanken gepubliceerd.

stelt. Hij besprak voorts het bestanddeel ‘deelnemen’ aan een organisatie, dat in het niet-gepubliceerde parallelarrest tegen een andere verdachte aan de orde was geweest.¹⁴⁶⁴ De Hoge Raad gaf daarin een criterium voor dit bestanddeel, dat luidde dat van deelneming sprake is ‘indien de betrokkene behoort tot het samenwerkingsverband en een aandeel heeft in, dan wel ondersteunt, gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het in even gemeld artikel bedoelde oogmerk.’

Er moet dus uit de bewijsmiddelen iets blijken van concrete activiteiten van de verdachte, door Groenhuijsen een ‘basale voorwaarde’ genoemd. Hij wees erop dat ook onschuldige handelingen, die ver kunnen afstaan van strafbaar handelen, aldus ‘deelneming’ kunnen opleveren. Hij wees in dat verband op het verschil met de interpretatie door de Hoge Raad van het delictsbestanddeel ‘met verenigde krachten’ in artikel 141 Sr (openlijke geweldpleging), die veel verder afstond van de notie van groepsaansprakelijkheid dan in de rechtspraak op artikel 140 Sr het geval was.¹⁴⁶⁵ Ook het feit dat de Hoge Raad eigenlijk zonder enige motivering medeplegen van het deelnemen aan een criminele organisatie mogelijk achtte, vond hij, juist gelet op het vereiste van in ieder geval enige handeling om te voldoen aan het vereiste van ‘deelnemen’ een nogal ruime interpretatie van het artikel.¹⁴⁶⁶

Groenhuijsen achtte ten slotte het feit dat een groep krakers het oogmerk van het plegen van misdrijven kreeg toegedicht, hoewel dit zeker niet hun hoofddoel was geweest en een deel van hen helemaal de grens van het strafbare niet wilde overschrijden, voor discussie vatbaar. Hij veronderstelde dat de feitenrechter het gedeelte van de groep dat geweld wel een optie achtte kennelijk representatief voor de hele groep had geacht. Hij eindigde met de waarschuwing dat een te algemene toepassing van artikel 140 Sr tot enorme vervuiling van het strafrecht zou kunnen leiden, welk gevaar zou kunnen worden tegengegaan door de bestanddelen waar mogelijk restrictief te interpreteren.¹⁴⁶⁷

Het bestanddeel ‘oogmerk’

In 1992 herhaalde de Hoge Raad zijn standpunt met betrekking tot het begrip ‘oogmerk’ in de zin van artikel 140 Sr nog eens expliciet.¹⁴⁶⁸

De oprichter van een systeembouwbedrijf dat onder meer de belasting had ontdoken en valsheid in geschrift had gepleegd, werd vervolgd en veroordeeld voor

¹⁴⁶⁴ Te weten in het arrest van dezelfde datum met arrestnummer 86.994.

¹⁴⁶⁵ Die vergelijking is ook interessant omdat artikel 141 Sr evenals artikel 140 Sr door het openbaar ministerie werd ingezet om de eerdergenoemde bewijsproblemen bij grootschalige ordeverstoringen het hoofd te bieden. Beide bepalingen boden (en bieden) de mogelijkheid te vervolgen zonder dat bewijsbaar was dat de verdachte zich zelf aan concrete geweldshandelingen had schuldig gemaakt.

¹⁴⁶⁶ Hij wees erop dat het deelnemen aan een criminele organisatie een deelnemingshandeling (en dus een uitvoeringshandeling) vereist, terwijl dat voor medeplegen niet steeds een vereiste is, waardoor het medeplegen van overtreding van artikel 140 Sr moeizaam kan zijn.

¹⁴⁶⁷ Art. 140 Sr verdiende zijns inziens alleen toepassing als sprake was van een bijzonder gevaar dat uitgaat van een organisatie met snode plannen en niet als sprake is van gevallen waarop ook andere delicten zien.

¹⁴⁶⁸ HR 6 oktober 1992, NJ 1993, 100. De middelen werden ingediend door G.G.J. Knoops.

het deelnemen aan een criminele organisatie. In cassatie stelde Knoops onder meer dat, nu het bedrijf niet was opgericht om strafbare feiten te plegen en dit slechts in de loop van de tijd een nevendoeel was geworden, geen sprake was van het in artikel 140 Sr bedoelde oogmerk.

De Hoge Raad volgde deze opvatting niet. Zijn oordeel kwam erop neer dat het hof met juistheid had geoordeeld dat dit gegeven niet voor het bestaan van genoemd oogmerk van belang was.

Onvoorwaardelijk opzet op misdadige doel van de organisatie

In 1997 beperkte de Hoge Raad de reikwijdte van artikel 140 Sr enigszins door te overwegen dat voor deelneming in de zin van deze bepaling weliswaar niet nodig is dat de verdachte weet heeft van de concrete misdrijven die de organisatie beoogt, maar wel dat hij onvoorwaardelijk opzet heeft op het feit dat het om een organisatie gaat die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft.¹⁴⁶⁹ De Hoge Raad volgde hiermee de advocaat-generaal Keijzer.

De Hullu was het in zijn noot niet eens met deze eis van onvoorwaardelijk opzet: hij vond het uit systematisch oogpunt aantrekkelijker geen uitzondering te maken op de algemene leer over opzet, maar meende anderzijds dat het redelijk zou zijn wel te eisen dat de verdachte gewoon opzet had op de door de organisatie concreet beoogde misdrijven. Het maakt immers nogal uit of de organisatie zich richt op valsheid in geschrift (zoals de verdachte in casu mocht denken) of op moord en doodslag.

De leden van de organisatie hoeven elkaar niet te kennen

In 2004 deed de Hoge Raad uitspraak in een van de Clickfondszaken.¹⁴⁷⁰ Deze zaken gingen over beursfraude.

De Hoge Raad overwoog in deze zaak onder meer dat voor bewezenverklaring van deelneming aan een criminele organisatie niet vereist is dat komt vast te staan dat de verdachte heeft samengewerkt met alle (rechts)personen die van die organisatie deel uitmaakten, of zelfs maar met hen bekend was.

Weinig eisen aan de structuur van de organisatie

Dat de Hoge Raad ook aan de structuur van de organisatie weinig eisen stelde werd duidelijk in een uitspraak uit april 2006.¹⁴⁷¹ De zaak betrof een vader en zoon, die gedurende langere tijd samenwerkten bij het drijven van een hennepkwekerij. Het hof veroordeelde de vader voor deelneming aan een criminele organisatie, bestaande uit zijn zoon, nog een derde en hemzelf.

Hamer en De Boer voerden in cassatie aan dat geen sprake was van een organisatie met geledingen en een hiërarchie, maar eenvoudigweg van een vader en een zoon die tezamen en in vereniging hennepstekken verkochten.

De Hoge Raad volgde echter zijn advocaat-generaal Knigge, die stelde dat uit de bewijsmiddelen bleek dat de verdachte en zijn zoon gedurende langere tijd hadden

¹⁴⁶⁹ HR 18 september 1997, NJ 1998, 225 m.nt. JdH.

¹⁴⁷⁰ HR 9 november 2004, LJN: AQ8470.

¹⁴⁷¹ HR 11 april 2006, NJ 2006, 393 m.nt. Buruma.

samengewerkt volgens een vast patroon waarin ieder zijn eigen rol had. Dat was voldoende om tot het bestaan van een criminele organisatie te kunnen concluderen. De Hoge Raad voegde hier nog aan toe dat de opvatting dat voor het bestaan van zo'n organisatie nodig zou zijn dat sprake is van 'geledingen', of een hiërarchie, geen steun vindt in het recht.

Aldus bleek dat de vrees van Groenhuijsen, dat artikel 140 Sr ook in triviale zaken ingang zou vinden, bewaarheid was geworden. De vraag kan immers worden gesteld of het enkele bestaan van deze vader-zoon-organisatie¹⁴⁷² een bijzonder risico op het plegen van strafbare feiten opleverde, terwijl dat risico toch de ratio is van deze zelfstandige strafbaarstelling. Verder bleef het zo dat de Hoge Raad eigenlijk geen enkele nadere invulling in algemene zin van het criterium 'duurzaam en gestructureerd samenwerkingsverband' leek te eisen.

Het oogmerk op het plegen van misdrijven

In 2007 deed de Hoge Raad weer een belangrijke uitspraak over de inhoud en betekenis van het begrippenkader van artikel 140 Sr.¹⁴⁷³

Het ging om iemand die ervan werd verdacht betrokken te zijn geweest bij (onder meer) een groot drugstransport door diverse landen. Ten laste gelegd was onder meer deelneming aan een criminele organisatie.

De verdachte werd in hoger beroep vrijgesproken van het transport (omdat niet kon worden bewezen dat het transport Nederland als eindbestemming had, zoals kennelijk was tenlastegelegd), maar veroordeeld voor het deelnemen aan een criminele organisatie. Het hof overwoog daartoe dat het organiseren van een transport van de omvang en complexiteit als dit, een organisatie vergt die het plegen van meerdere misdrijven als oogmerk heeft. Het hof lichtte dit toe met de overweging dat in het kader van dit transport onder meer sprake was geweest van het meermalen vervoeren, afleveren en in- en uitklaren van de goederen. Elke volgende schakel en etappe vergde nieuwe wilsbesluiten en activiteiten om de verdovende middelen verder te brengen.

Tegen deze overweging richtte zich het middel van A. Moszkowicz, die het (kort gezegd) gekunsteld vond iets wat moest worden beschouwd als één transport in verschillende strafbare feiten te verdelen om vervolgens te constateren dat het oogmerk van de organisatie die het transport regelde (dus) gericht was op meerdere misdrijven.

De Hoge Raad verwierp het beroep en overwoog dat het voor de bewezenverklaring van overtreding van artikel 140 Sr niet relevant is of misdrijven zijn gepleegd, maar of het oogmerk van de organisatie zich daarop richt. Het bewijs van dat oogmerk kan niet alleen worden ontleend aan een of meer misdrijven die in het kader van de organisatie zijn gepleegd, maar ook aan het meer duurzame of gestructureerde karakter van de samenwerking. Dat kan weer blijken uit de onderlinge verdeling van werkzaamheden of onderlinge afstemming van activiteiten

¹⁴⁷² Uit de overwegingen komt niet naar voren dat het feit dat nog een derde bij de samenwerking was betrokken een rol van belang speelde.

¹⁴⁷³ HR 15 mei 2007, NJ 2008, 559 m.nt. Mevis.

van de deelnemers met het oog op het bereiken van het gemeenschappelijke doel en, meer algemeen, aan de planmatigheid of stelselmatigheid van de met het oog op dit doel verrichte activiteiten van deelnemers binnen de organisatie. Met andere woorden: dat de verdachte was vrijgesproken van het transport deed niet terzake.

De Hoge Raad oordeelde dat het hof met zijn overwegingen tot uitdrukking had gebracht dat in casu sprake was geweest van een goed georganiseerd en planmatig optreden van de deelnemers van de organisatie, gericht op het transport en de aflevering van de cocaïne en dat daarom het oordeel van het hof dat dit een organisatie was die tot oogmerk had het plegen van meerdere misdrijven geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.

Mevis constateerde dat de eis dat sprake moet zijn van het oogmerk op meer dan één misdrijf van niet veel gewicht is en misschien na dit arrest nog minder dan werd gedacht. De aard van de organisatie kan voldoende zijn voor het vermoeden van dit oogmerk. Aldus, zo meende hij, was de begrenzing tussen strafbare samenspanning en deelneming aan een criminele organisatie minder duidelijk geworden en was de invulling van dit delict opgeschoven in de richting van het Angelsaksische begrip ‘conspiracy’. Hij vroeg zich af of de Hoge Raad hierdoor had willen bijdragen aan de internationale samenwerking.

Samensmelting van organisaties

In een uitspraak uit begin 2008 oordeelde de Hoge Raad opnieuw dat het voor bewezenverklaring van deelneming aan een criminele organisatie niet nodig is dat de verdachte de bij die organisatie betrokkenen kent, of dat alle bij de organisatie betrokken personen met elkaar hebben samengewerkt.¹⁴⁷⁴

De zaak betrof een verdachte die kennelijk actief was geweest in twee criminele groepen: een daarvan deed in XTC, de ander in cocaïne. In de bewezenverklaring had het hof deze groepen op één hoop gegooid. In een eerdere zaak tegen een medeverdachte had dit laatste tot een vernietiging door de Hoge Raad geleid, omdat ten aanzien van die verdachte uit de bewijsmiddelen alleen van diens deelname aan de ‘cocaïne-groep’ bleek. In de onderhavige zaak had het hof uitdrukkelijk vastgesteld dat de verdachte niet alleen deel uitmaakte van de ‘cocaïne-groep’, maar ook van de XTC-groep en in het kader van de XTC-handel instructies had gegeven aan een medeverdachte die optrad als zijn chauffeur/lijfwacht en voor hem hand- en spandiensten verrichtte. De verdachte kwam daarvan in cassatie.

De advocaat-generaal Wortel zag twee organisaties in plaats van één (‘onmiskienbaar zijn er twee groeperingen aan het werk geweest’), waarbij in ieder geval op uitvoerend niveau niet gebleken was van onderlinge verbanden. Uit zijn uiteenzetting van het verband tussen de verdachte en de XTC-groep bleek dat de verdachte met deze groep had samengewerkt in verband met een gezamenlijke leverantie van XTC aan een Amerikaan. Ook zijn chauffeur/lijfwacht had met zowel dit transport als de cocaïnehandel bemoeienis gehad. Wortel zag dit (met grote tegenzin) als onvoldoende verband tussen beide groepen om tot het bestaan van één samenwerkingsverband te besluiten en concludeerde tot vernietiging.

¹⁴⁷⁴ HR 22 januari 2008, NJ 2008, 72. De middelen werden ingediend door R.A. van der Horst.

De Hoge Raad dacht er dus anders over. Hij nam daarbij in aanmerking dat het hof uit de bewijsmiddelen kon afleiden dat de verdachte en zijn chauffeur/lijfwacht zowel met het oog op de handel in XTC-pillen als met het oog op de handel in cocaïne gedurende ongeveer dezelfde tijd in gestructureerd verband hadden samengewerkt, dat de verdachte daarbij telkens een centrale rol vervulde en dat de verdachte en zijn chauffeur/lijfwacht beiden hadden samengewerkt met een of meer van de overige personen van wie bewezen was verklaard dat zij deel uitmaakten van het georganiseerde samenwerkingsverband dat gericht was op het plegen van overtredingen van de Opiumwet met betrekking tot middelen vermeld op de bij die wet behorende lijst I. Zo integreerden door de gestructureerde samenwerking van de verdachte en die van zijn chauffeur/lijfwacht twee groepen in één criminele organisatie.

De eerste ronde Hofstadgroep-arresten: het bestanddeel 'organisatie'

Op 2 februari 2010 deed de Hoge Raad uitspraak in zeven zaken tegen de Hofstadgroep – een uitspraak waar naar was uitgekeken omdat het hof de betrokkenen had vrijgesproken van deelname aan een terroristische¹⁴⁷⁵ criminele organisatie, als strafbaar gesteld in artikel 140a Sr.¹⁴⁷⁶ Met name had het hof geoordeeld dat de Hofstadgroep niet als een criminele organisatie kon worden aangemerkt.

Deze vrijspraken hadden tot nogal wat maatschappelijke commotie geleid. Het hof was bij zijn beoordeling uitgegaan van het gebruikelijke criterium, te weten of sprake was van een gestructureerd en duurzaam samenwerkingsverband. Dat criterium had het hof echter gepreciseerd door te overwegen dat daarvan eerst sprake is wanneer binnen dat verband gemeenschappelijke regels en een gemeenschappelijke doelstelling hebben bestaan, waaraan de individuele leden gebonden waren en door welke gemeenschappelijkheid op de leden een zekere druk kon worden uitgeoefend zich aan die regels te houden en zij zich door die gemeenschappelijke doelstelling gebonden te achten.

Daar was de Hoge Raad het niet mee eens: hij oordeelde dat het hof aldus een te beperkt bereik had gegeven aan de op zichzelf juiste maatstaf en aldus een onjuiste betekenis had gegeven aan de term 'organisatie' zoals die voorkomt in de artikelen 140 Sr en 140a Sr. Hij vernietigde dan ook de vrijspraken en verwees de zaak naar een ander hof. Zelf motiveerde hij dit oordeel niet nader; hij verwees slechts naar zijn uitspraak over de gecombineerde cocaïne- en XTC-organisatie.¹⁴⁷⁷

Advocaat-generaal Vellinga ging wel uitvoerig op de zaak in. Hij constateerde aan de hand van de eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad en de wetsgeschiedenis dat geen steun kon worden gevonden voor de eisen die het hof aan de duurzaamheid

1475 Deelname aan een terroristische organisatie is strafbaar gesteld in art. 140a Sr en is een specialisme van de 'gewone' criminele organisatie. Een dergelijke organisatie valt dan ook onder de 'gewone' jurisprudentiële regels van de Hoge Raad.

1476 HR 2 februari 2010, LJN: BK5172, BK5174, BK5175, BK5182, BK5189, BK5193 en BK5196. Vreemd genoeg is niet een van deze arresten gepubliceerd in de NJ. Het cassatieberoep was ingesteld door het openbaar ministerie.

1477 HR 22 januari 2008, NJ 2008, 72; besproken onder het vorige subkopje.

en structuur van een criminele organisatie had gesteld. Die jurisprudentie is ruim: een organisatie hoeft niet groter te zijn dan twee personen, kan een wisselende samenstelling hebben, niet alle leden hoeven met elkaar samen te werken of elkaar te kennen en van ‘geledingen’ of hiërarchie hoeft niet te blijken. Hij constateerde dat er geen voorbeelden zijn van uitspraken van de Hoge Raad waarin door de rechter aangevoerde gronden voor het bestaan van een organisatie niet voldoende werden geacht. Ook uit de wetsgeschiedenis blijkt niet van de wens van enige verdere beperking.

Geconstateerd kan worden dat de Hoge Raad de gebruikelijke maatstaf niet verder wil concretiseren, waardoor onduidelijk blijft welke factoren een rol kunnen spelen bij het bepalen of al dan niet sprake is van een structuur en van voldoende duurzaamheid. Het wordt aan de hoven gelaten dat per geval te beoordelen.

De tweede ronde Hofstadgroep-arresten: het bestanddeel ‘deelneming’

In 2012 keerde de zaak weer bij de Hoge Raad terug.¹⁴⁷⁸ Dit keer had het hof wel geoordeeld dat de Hofstadgroep een criminele organisatie was en zes verdachten stelden cassatieberoep in. De klachten die nu de aandacht trokken richtten zich niet tegen het bestaan van een organisatie als zodanig, maar tegen de bewezenverklaring van het bestanddeel ‘deelneming’.

Bij de beoordeling van deze middelen stelt de Hoge Raad voorop dat als maatstaf voor de beoordeling van dit bestanddeel heeft te gelden dat ‘betrokkene behoort tot het samenwerkingsverband en een aandeel heeft in, dan wel ondersteunt, gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het in die artikelen bedoelde oogmerk.’¹⁴⁷⁹ Het hof was daarvan ook uitgegaan. Naar het oordeel van het hof was in twee gevallen aan dit criterium voldaan. In beide gevallen hadden de verdachten bijeenkomsten bijgewoond waar over de gewelddadige jihad werd gesproken en gewelddadige films werden vertoond. Een van hen, Mohamed F.B., had zich ingespannen het daar besproken (gewelddadige) gedachtegoed op anderen over te brengen en had geld gevraagd voor gezinsleden van gedetineerde geestverwanten. Verder waren in zijn (met anderen gedeelde) woning documenten en beeldmateriaal aangetroffen met betrekking tot de gewelddadige jihad.¹⁴⁸⁰ Een ander, Youssef E., had deelgenomen aan elektronische berichtenverkeer over de gewelddadige jihad, hierover informatie verzameld op het internet en had beeldmateriaal en vlaggen verzameld die daarmee in verband te brengen waren.¹⁴⁸¹ De Hoge Raad was het niet met het hof eens dat dit voldoende was om te kunnen spreken van ‘deelneming’, omdat hieruit niet in voldoende mate kon worden afgeleid dat de verdachte daadwerkelijk een aandeel had gehad in gedragingen die strekken tot, of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking

1478 HR 3 juli 2012, LJN: BW5121, BW5132, BW5136 (tevens: NJ 2012, 656 m.nt. Keijzer), BW5161 (tevens: NJ 2012, 657 m.nt. Keijzer), BW5178 (tevens: NJ 2012, 658 m.nt. Keijzer) en BW5185.

1479 Deze maatstaf was zeker niet nieuw. In het arrest werd verwezen naar het arrest van 21 december 2010, NJ 2011, 21, dat weer verwees naar HR 18 november 1997, NJ 1998, 225, in welk arrest weer werd verwezen naar de uitspraak van 29 januari 1991, DD 91 168 en 169.

1480 De middelen in deze zaak werden ingediend door B.Th. Nooitgedagt.

1481 Zijn raadsvrouw in cassatie was J. Kuijper.

van het binnen de organisatie bestaande oogmerk, noch dat hij deze gedragingen aldus had ondersteund. Hij vernietigde de betreffende arresten dan ook wegens onvoldoende motivering.

In de overige gevallen achtte de Hoge Raad de bijdragen van de verdachten echter kennelijk wel voldoende om van een ‘aandeel’ als in het criterium bedoeld te kunnen spreken. In het geval van Ismail A. had het hof wat dat betreft vastgesteld dat hij wel eens beeldmateriaal naar de bijeenkomsten had meegenomen en had meegewerkt aan de verspreiding van een geschrift met radicale inhoud; met betrekking tot Jason W. (onder meer) dat hij had geprobeerd anderen voor de jihad te werven en in chatgesprekken had gesproken over de noodzaak bepaalde politici af te slachten, anderen had opgeroepen in Afghanistan en Pakistan trainingen te volgen, zoals hij zelf had gedaan, en zich erop verheugde politiemensen, politici en anderen te mogen afslachten.

Het lijntje tussen wel en niet onbegrijpelijke oordelen van het hof was dus nogal dun. Het onderscheidend criterium lijkt te liggen in het al dan niet actief bevorderen dat tot strafbare handelingen (in casu het plegen van geweld) zou worden overgegaan. Het enkele verspreiden van het onderliggende gedachtegoed dat Mohamed F.B. had gedaan, was daarvoor niet voldoende. Waarschijnlijk speelt een rol dat de vrijheid van meningsuiting daar in het geding is.

De invulling van het begrip ‘organisatie’ kwam nog wel aan de orde in de zaak tegen Mohamed el M., maar de Hoge Raad verwierp het daarop toegespitste middel op de voet van artikel 81 RO. De advocaat-generaal Machielse gaf kort de op basis van de huidige jurisprudentie van toepassing zijnde criteria weer:

‘Zo een samenwerkingsverband veronderstelt een gedeeld doel en gedeelde regels. Expliciete afspraken over doel en middelen zijn niet nodig. Het ontstaan van een stilzwijgende onderlinge overeenstemming is toereikend. Een slechts incidentele samenwerking, die toevallig tot stand komt is echter onvoldoende.’¹⁴⁸²

In zijn noot bij de drie in de NJ gepubliceerde arresten wees Keijzer er ten eerste op dat de Hoge Raad in zijn overwegingen omtrent het ‘binnen de organisatie’ bestaande oogmerk subtiel afweek van de gebruikelijke formulering dat sprake moet zijn van een organisatie ‘die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven.’ Keijzer vermoedde dat de Hoge Raad hiermee tot uitdrukking wilde brengen dat het oogmerk van het plegen van misdrijven niet door alle leden van de groep ten volle behoeft te worden gedeeld. Of dat bij sommige leden bestaande oogmerk dan als oogmerk van de hele groep kan worden beschouwd hangt dan af van de structuur van de organisatie en de positie van die leden binnen die groep. Het oogmerk van de groep kan worden bepaald door de leiders, zolang de volgers zich daartegen niet verzetten. Als Keijzer hierin gelijk heeft, had de Hoge Raad daaromtrent wellicht

¹⁴⁸² In de conclusie komt ook het standpunt van de verdediging ten aanzien van de organisatie naar voren. Dit hield in dat sprake was van een ‘netwerk’ zonder enig georganiseerd karakter en zonder eigen doel. De onderling uitgewisselde informatie was zeker niet in hoofdzaak van gewelddadige aard. Dit tamelijk diverse groepje, dat niet meer deelde dan een gezamenlijke interesse voor de islam, maar waarover de opvattingen zeer divers waren, kon niet als een criminele organisatie worden aangemerkt, aldus het middel.

iets duidelijker kunnen zijn. Met betrekking tot het bestanddeel ‘deelneming’ en meer in het bijzonder het begrip ‘ondersteunende activiteiten’ betoogde Keijzer dat strafrechtelijk relevant slechts die vormen van ondersteuning zijn, waardoor het gevaar van de verwezenlijking van de door de organisatie beoogde misdrijven wordt vergroot. Hij voegde daaraan toe dat uit de tekst van artikel 140, lid 4, Sr en artikel 140a, lid 3, Sr het tegendeel zou kunnen worden afgeleid. Hij meende echter dat zijn stelling door deze reeks arresten niet werd ondergraven.

Conclusie

Het voorgaande overziend kan worden geconstateerd dat de Hoge Raad de afgelopen 20 jaar een zeer ruime interpretatie heeft gegeven aan artikel 140 Sr, waardoor de criminele organisatie een zeer belangrijke rol is gaan spelen in ons strafrecht. Het is niet teveel gezegd dat op basis van deze strafbaarstelling veroordelingen worden uitgesproken in zaken die anders niet eens tot vervolging zouden hebben kunnen leiden. Niet alleen ieder groepje van twee of meer personen dat gezamenlijk meer dan één strafbaar feit pleegt riskeert als criminele organisatie te worden aangemerkt, maar ook het legale bedrijf, waarbinnen incidenteel een strafbaar feit wordt gepleegd.

De Hoge Raad heeft het gebruik van deze bepaling door het openbaar ministerie om de georganiseerde, maar ook de minder georganiseerde, criminaliteit te bestrijden geen strobreed in de weg gelegd.

Wel heeft hij recentelijk, getuige de zojuist besproken arresten in de Hofstadzaak, het begrip ‘deelnemen’ enigszins begrensd in die zin dat alleen activiteiten die bestaan uit het (actief) bevorderen van strafbare gedragingen daaronder vallen – en passieve betrokkenheid of het actief verspreiden van een gedachtegoed als zodanig, daarbuiten.

10.3.2 *Openlijk geweld*

De jurisprudentie over openlijk geweld vormt een opmerkelijke tegenhanger van de zojuist besproken jurisprudentie over de criminele organisatie, waarin de Hoge Raad de vervolgende instanties als gezegd zeer veel ruimte biedt. Dat geldt niet voor de interpretatie die hij gaf aan artikel 141 Sr, in ieder geval voordat de wetgever het bestanddeel ‘met vereende krachten’ wijzigde in ‘in vereniging’.

‘Met verenigde krachten’: legistische interpretatie

Het eerste arrest dat hier wordt besproken, werd gewezen in 1990.¹⁴⁸³ In die tijd bevatte artikel 141 Sr nog het bestanddeel ‘met verenigde krachten’, dat in 2000 werd gewijzigd in: ‘in vereniging’. Het arrest had betrekking op een geval van ‘zinloos geweld’: meerdere jongens sloegen en schopten in op een ander, die daardoor een gescheurde long opliep. De verdachte in de onderhavige zaak werd veroordeeld wegens het plegen van openlijk geweld, terwijl dat geweld zwaar

¹⁴⁸³ HR 6 maart 1990, NJ 1990, 637 m.nt. G.E. Mulder.

lichamelijk letsel tot gevolg had. Het hof stelde vast dat de verdachte een van degenen was geweest die hadden geschopt en dat het zwaar lichamenlijk letsel door schoppen was veroorzaakt. Het beschouwde hem daardoor als medeschuldig aan het letsel, hoewel niet duidelijk was door welke schop(pen) het letsel was ontstaan.

De Hoge Raad casseerde omdat op grond van de wetsgeschiedenis moest worden aangenomen dat het tweede lid van artikel 141 Sr uitsluitend van toepassing is op de dader die het geweld heeft gepleegd dat het letsel heeft veroorzaakt.

Mulder merkte op dat dit arrest de toepassing van 141 lid 2 Sr veel moeilijker maakte dan als een gewone deelnemingsvorm van toepassing zou zijn. Hij was het in dit geval niet eens met de wetshistorische interpretatie en stelde dat bovendien de wetgever niet slaafs hoeft te worden gevolgd wanneer deze een niet goed doordachte interpretatie van de wettekst geeft, die bovendien niet goed past in het systeem van de wet.¹⁴⁸⁴

Mulders noot vond kennelijk weinig weerklank bij de Hoge Raad, want in 1991 paste hij de zojuist beschreven strikte interpretatie ook toe op het eerste lid.¹⁴⁸⁵ Dit keer ging het om een betrokkene bij de krakersrellen ten tijde van de ontruiming van een pand aan de Okeghemstraat in Amsterdam. Het hof had vastgesteld dat de verdachte deel had uitgemaakt van een groep die vanaf het dak van het complex de politie had bekogeld. De verdachte had daarbij, net als de anderen, een bivakmuts gedragen om herkenning door de politie te voorkomen. Het hof overwoog dat de verdachte aldus aan de geweldplegende leden van de groep een basis had geboden en bescherming had gegeven. De Hoge Raad oordeelde echter dat het enkele feit dat zij behoorde tot een groep van waaruit geweld was gepleegd onvoldoende was voor een veroordeling terzake van openlijke geweldpleging.

't Hart concludeerde dat de Hoge Raad erbij bleef dat 'met verenigde krachten' inhoudt dat weliswaar niet, zoals bij medeplegen, nauwe en bewuste samenwerking wordt vereist, maar dat dit wel alleen doelt op degenen die zelf daadwerkelijk geweld gepleegd hebben. Aldus werd, aldus 't Hart, op dit punt duidelijk vastgehouden aan het strafrechtelijke principe van de individuele verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid.

In 2001, bij de al eerder besproken uitspraak over de vechtpartij in Beverwijk, bleek dit standpunt van de Hoge Raad ongewijzigd.^{1486 1487}

1484 Waarbij hij wees op het feit dat in de wetshistorie geen aanwijzing te vinden was voor een soortgelijke beperking aan de aansprakelijkheid van de medeplichtige.

1485 HR 9 oktober 1990, NJ 1991, 30 m.nt. 'tH.

1486 HR 10 juli 2001, NJ 2001, 687 m.nt. YB, welk arrest hiervoor ook al werd besproken onder 10.3.1, Criminele organisatie'.

1487 Overigens werden verdachten in andere Beverwijkzaken wel veroordeeld terzake van het deelnemen aan een vechterij als bedoeld in artikel 306 Sr. Daartoe achtte de Hoge Raad het voldoende dat de verdachte zich 'bewust van de omstandigheden heeft geschaard in de gelederen van één van de strijdende partijen'. HR 16 januari 2001, JOL 2001, 56.

‘In vereniging’ – een nieuwe maatstaf

Enkele jaren nadat in 2000 de wet was gewijzigd in die zin dat het bestanddeel ‘met verenigde krachten’ was gewijzigd in ‘in vereniging’, deed de Hoge Raad voor het eerst uitspraak over een zaak waarin deze nieuwe tekst van toepassing was.¹⁴⁸⁸

Het betrof de zaak waarin door demonstranten met eieren en tomaten was gegooid naar de Amerikaanse ambassade in Den Haag. De verdachte werd vervolgd voor het plegen van openlijk geweld. Hij verweerde zich onder meer met de stelling dat hij het weliswaar eens was met het gooien van deze etenswaar en bewust deel was blijven uitmaken van de demonstratie toen dit gebeurde, maar zelf geen eieren had gegooid. Het hof veroordeelde hem desalniettemin, onder de motivering dat demonstraties als de onderhavige hun bestaansrecht en zeggingskracht voor een wezenlijk deel ontleen aan het aantal demonstranten. Het feit dat de verdachte de demonstratie getalsmatig had versterkt en zich niet had gedistantieerd van de groep toen deze haar toevlucht zocht tot geweld, achtte het hof voldoende voor bewezenverklaring voor het in vereniging plegen van geweld.

De Hoge Raad vond dat echter niet. Onder uitvoerige verwijzing naar de wetsgeschiedenis, kwam hij tot een nieuwe maatstaf, die luidde dat van ‘in vereniging’ als bedoeld in de nieuwe tekst van artikel 141 Sr sprake is wanneer ‘betrokkene een voldoende significante of wezenlijke bijdrage levert aan het geweld, zij het dat deze bijdrage zelf niet van gewelddadige aard behoeft te zijn. De enkele omstandigheid dat iemand aanwezig is in een groep die openlijk geweld pleegt is niet zonder meer voldoende.’

De Hoge Raad vond de bijdrage van deze verdachte – in navolging van de advocaat-generaal Machielse – kennelijk onvoldoende, want hij oordeelde dat het oordeel van het hof blijk gaf van een onjuiste opvatting van de woorden ‘in vereniging’.¹⁴⁸⁹ Mogelijk speelde het relatief onschuldige karakter van het ‘geweld’ (en derhalve de indruk van de Hoge Raad over de materiële (on)juistheid van de uitkomst) hierbij mede een rol.¹⁴⁹⁰

De zaak Anja Joos: het zoeken van de confrontatie is een significante bijdrage

Anders liep het in de zaak Anja Joos uit 2006.¹⁴⁹¹ In die zaak was een vrouw, die even daarvoor door winkelpersoneel was achtervolgd en onterecht was beschuldigd van winkeldiefstal, een conflict aangegaan met een groepje jongens dat op de commotie was afgekomen. Dat werd haar noodlottig. Uit de vaststellingen van het hof blijkt dat vanuit de groep jongens een stoel naar haar werd gegooid, die zij oppakte en waarmee zij richting de groep jongens liep. Die groep drong vervolgens als een homogeen geheel joelend en schreeuwend in haar richting op. Op zeker moment viel zij, waarna de groep bij haar bleef staan joelen en schreeuwen. Een van

¹⁴⁸⁸ HR 11 november 2003, LJN: AL6209.

¹⁴⁸⁹ De klacht tegen het kwalificeren van het gooien van eieren als ‘geweld’ werd overigens onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie verworpen.

¹⁴⁹⁰ Deze zaak kan worden beschouwd als een voorbeeld van het in de inleiding genoemde kritiekpunt van sommige advocaten dat de Hoge Raad de belangrijke uitspraken in kleine zaken doet.

¹⁴⁹¹ HR 20 juni 2006, NJ 2006, 381. De beslissing is in een 3-kamer genomen. De middelen werden ingediend door M.L.M. van der Voet.

de jongens (M.B.) trapte haar vervolgens meermalen dusdanig hard, dat zij tengevolge van een gescheurde milt kwam te overlijden.

Het hof oordeelde dat alle jongens uit het groepje zich hadden schuldig gemaakt aan openlijke geweldpleging (bestaande uit het gooien met een stoel en het schoppen van het slachtoffer), doordat zij ieder voor zich hadden besloten de confrontatie te zoeken, ieder voor zich de groep getalsmatig hadden versterkt en zich tijdens het schreeuwen, joelen en gooien met een stoel niet van de groep en de confrontatie hadden gedistantieerd. Aldus hadden zij een sfeer en een mogelijkheid gecreëerd voor M.B. om de fatale schoppen te geven en een significante bijdrage aan het geweld geleverd.

Advocaat Van der Voet kwam tegen dit oordeel op met een rechtsklacht, inhoudende dat het hof het bestanddeel 'in vereniging' onjuist had uitgelegd, nu het getalsmatig versterken en het zich niet distantiëren onvoldoende zouden zijn om dit bestanddeel te vervullen. De Hoge Raad verwierp die klacht. Hij merkte op dat het in het oordeel van het hof niet slechts de aanwezigheid van de verdachte in de groep was die doorslaggevend was, maar ook het feit dat hij en anderen ieder voor zich hadden besloten de confrontatie te zoeken. Het hof had dit uit een aantal omstandigheden afgeleid.

De samenvatting van de Hoge Raad van het oordeel van het hof lezend, valt op dat daaraan (ten opzichte van de nadere bewijsoverwegingen van het hof) is toegevoegd¹⁴⁹² dat de verdachte in de betreffende zaak zelf ook een stoel had gehanteerd en dat de groep het slachtoffer had ingesloten, zoals uit de door het hof gehanteerde bewijsmiddelen bleek. Die toevoegingen maken het verschil met de vorige zaak inzichtelijk, al zijn de verschillen in de situaties natuurlijk ook zonder dat al groot.

Voetbalrellen: een zelfde beslissing

De gedachte dat het mogelijk de ernst van de vorige zaak was die de Hoge Raad bewoog tot iets meer rekkelijkheid bij de toepassing van het inmiddels geformuleerde criterium van de significante bijdrage wordt weerlegd door een uitspraak over voetbalrellen uit 2011.¹⁴⁹³ Het ging om een vechtpartij tussen supporters van Tottenham Hotspur en PSV, die op camera was vastgelegd. Tijdens de vechtpartij was met stoelen en glazen gegooid. De verdachte was na afloop daarvan op aanwijzing van een Engelse politieman aangehouden en werd vervolgd wegens het plegen van openlijk geweld.

Het hof veroordeelde de verdachte, nadat het had geconstateerd dat uit de beelden van de vechtpartij bleek dat de verdachte ruim 10 minuten in beeld was terwijl hij zich in de voorhoede van de groep Engelse supporters bevond. Hij bewoog zich met die voorhoede mee terwijl de vechtpartij gaande was en distantieerde zich op geen enkel moment. Voorts woog mee dat de verdachte had

¹⁴⁹² Hier bleek weer eens dat de Hoge Raad zich zonodig zelf bezighoudt met het feitelijk deel van de beslissing.

¹⁴⁹³ HR 8 februari 2011, NJ 2011, 82.

erkend dat hij wist dat zich in het café waarnaar werd opgetrokken voetbalsupporters bevonden en dat hij had gezien dat er met stoelen werd gegooid.

Ook nu werd geklaagd¹⁴⁹⁴ over de bewezenverklaring van het bestanddeel ‘in vereniging’ en ook nu verklaarde de Hoge Raad de klacht ongegrond. Hij overwoog dat het oordeel van het hof niet alleen inhield dat de verdachte de aanvalsgroep getalsmatig had versterkt, maar dat de verdachte welbewust een bijna zekere confrontatie had opgezocht en vervolgens gedurende enige tijd was meegegaan in een aanvalsgolf van de groep.

Toch een grens

Uit de vorige uitspraak zou de gedachte kunnen volgen dat het zich (blijven) ophouden in een groep, terwijl voor de verdachte duidelijk moet zijn dat vandaar uit geweld wordt gepleegd, zeer wel kan leiden tot strafbaarheid. Dat dat niet zo hoeft te zijn blijkt uit een iets latere uitspraak.¹⁴⁹⁵

In deze zaak was sprake van een groep die zich tijdens en na een feestje tegen een meisje keerde en haar aanviel. De verdachte had zich de eerste maal niet onbetuigd gelaten en het meisje een ‘duwtrap’ gegeven. Later die nacht ontstond opnieuw een vechtpartij tussen met name één lid van genoemde groep, ene R, en het meisje, waarbij R haar sloeg en schopte, ook nog toen zij eenmaal op de grond lag. Op dat moment had de verdachte, die even weg geweest was, zich weer bij de groep gevoegd, maar zelf verder geen geweldshandelingen verricht.

De verdachte werd vervolgd voor het plegen van openlijk geweld. Het hof achtte hem daaraan schuldig, omdat hij een significante bijdrage aan het geweld had geleverd door zich weer bij de groep te voegen en zich niet te distantiëren van de nieuwe vechtpartij.

Deze gedragingen vond de Hoge Raad – in navolging van de advocaat-generaal Machielse – echter onvoldoende om als ‘in vereniging’ te kunnen kwalificeren.

Conclusie

Tot aan de wetswijziging hield de Hoge Raad personen die niet zelf geweld hadden gepleegd zeer strikt buiten de strafbaarstelling. De wetswijziging waarbij de woorden ‘met verenigde krachten’ werden gewijzigd in ‘in vereniging’, hadden echter tot gevolg dat het bereik van artikel 141 Sr aanzienlijk ruimer werd – wat overigens ook de bedoeling van de wetgever was. Leek het er in 2003 nog op dat de Hoge Raad de teugels strak hield voor wat betreft de interpretatie van het begrip ‘een significante bijdrage’, de recentere jurisprudentie lijkt erop te wijzen dat er, naast de actieve aanwezigheid in de geweldplegende groep, niet veel nodig is voor strafbaarheid onder deze bepaling. Het als laatste besproken arrest is echter weer meer rechtsbeschermend van karakter. Het enkele ‘stond erbij en keek ernaar’ is nog steeds niet voldoende.

¹⁴⁹⁴ De middelen werden ingediend door B.P. de Boer.

¹⁴⁹⁵ HR 1 november 2011, NJ 2011, 519. Het middel werd ingediend door C. Peterse.

10.3.3 *Zedendelicten*¹⁴⁹⁶*Onmacht: legistische interpretatie*

Vroeg in de onderzochte periode deed de Hoge Raad een uitspraak over onmacht in de zin van de toenmalige tekst van artikel 247 Sr.¹⁴⁹⁷

De casus betrof seksuele handelingen die de verdachte, de chauffeur van een gehandicaptenbusje, had verricht met een ernstig geestelijk gehandicapte vrouw, functionerend op het niveau van een 6 tot 7 jarige. Het hof veroordeelde hem voor het plegen van ontuchtige handelingen met iemand van wie hij weet dat deze in staat van onmacht verkeert, zoals de tekst van de betreffende bepaling destijds luidde. Het overwoog dat uit de wetsgeschiedenis weliswaar zonneklaar was dat met het begrip onmacht uitsluitend werd bedoeld op fysieke onmacht, maar dat daaraan meer dan 100 jaar na dato geen beslissende betekenis meer mocht worden toegekend. Op grond van de taalkundige interpretatie van het woord onmacht en de strekking van artikel 247 (oud) Sr (dat tevens ontucht met kinderen beneden de 16 jaar strafbaar stelde) kwam het hof toch tot een bewezenverklaring.

Spong schreef in zijn cassatiemiddelen dat dit in strijd was met het legaliteitsbeginsel en wees erop dat het juridisch debat over een eventueel ruimere strafbaarstelling recent wel was gevoerd, maar (mede gelet op de problematiek rond het zelfbeschikkingsrecht van geestelijk gehandicapten) nog niet tot ruimere strafbaarstelling had geleid.¹⁴⁹⁸

Zowel de advocaat-generaal Fokkens als de Hoge Raad was dat met hem eens. De Hoge Raad overwoog dat het de rechter gelet op artikel 1 Sr niet vrij staat aan de term ‘onmacht’ een ruimere betekenis te geven dan de wetgever heeft bedoeld.

’t Hart, die dit arrest annoteerde, schreef – op zichzelf terecht – dat dat niet waar is en dat met gebruik van een andere interpretatiemethode een ruimere interpretatie denkbaar was geweest. Hij wees erop dat de Hoge Raad ‘in talloze gevallen’¹⁴⁹⁹ dwars tegen de wetsgeschiedenis was ingegaan met een extensieve, de strafbaarheid uitbreidende, interpretatie die door nieuwe omstandigheden werd ingegeven. Hij betreunde dan ook de “sterk verabsoluteerde” formulering, waarachter eventueel verborgen liggende argumenten niet aan de oppervlakte waren gekomen.

Kinderporno: extensieve interpretatie

Een jaar later boog de Hoge Raad zich voor het eerst over artikel 240b Sr, waarin in 1985 het handelen met betrekking tot kinderpornografie strafbaar was gesteld.¹⁵⁰⁰

1496 Ter wille van de zorgvuldigheid wordt opgemerkt dat schrijfster dezes bij een aantal van de hierna te bespreken zaken waarin artikel 240b Sr aan de orde was als advocaat betrokken is geweest.

1497 HR 28 januari 1989, NJ 1989, 658 m.nt. ‘tH.

1498 Uit de noot van ’t Hart kan worden afgeleid dat die nieuwe wetgeving wel aanstaande was. Hij zag dat als een mogelijke reden voor de positie die de Hoge Raad in deze zaak koos.

1499 Dit lijkt wat overdreven, gelet op de in het algemeen juist meestal terughoudende en op de wetsgeschiedenis gebaseerde interpretatie door de Hoge Raad, zeker op het terrein van het materiële strafrecht, maar hierna zal worden beschreven dat in de periode die volgde de Hoge Raad juist waar het zedendelicten betrof bereid was in zijn interpretatie ver te gaan.

1500 HR 6 maart 1990, NJ 1990, 667 m.nt. ‘tH. De middelen werden ingediend door W.J. van Bennekom.

Aan de verdachte in deze zaak was ten laste gelegd dat hij een aantal foto's in voorraad had gehad waarop jonge jongens te zien waren die zodanig hadden geposeerd dat hun geslachtsdelen uitdrukkelijk in beeld waren gebracht en/of dat kennelijk (mede) bedoeld was op het opwekken van seksuele prikkeling. Tegen de dagvaarding was bezwaar aangetekend, maar het hof verwierp dat. Het overwoog daartoe dat 'onder een afbeelding van een seksuele gedraging mede moet worden begrepen een afbeelding (...) in een zodanige houding dat daarmee kennelijk het opwekken van seksuele prikkeling wordt beoogd.'

In cassatie betoogde advocaat Van Bennekom onder meer dat het afbeelden van een kind in een dergelijke houding niet per se een seksuele gedraging oplevert in de zin van artikel 240b Sr. Ook betoogde hij dat een pose een houding is, en daarom niet beschouwd kan worden als een 'gedraging'. De Hoge Raad oordeelde echter zonder enige motivering dat het hof geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en dat zijn oordeel evenmin onbegrijpelijk was.

Annotator t Hart vond dat hiermee een extensieve uitleg aan artikel 240b Sr werd gegeven. Hij had daartegen bezwaar omdat door de ruime interpretatie van de term 'gedraging', in combinatie met de al even ruime interpretatie van de term 'seksueel', er van alles onder de formulering gebracht kon worden. Hij wees erop dat een mens altijd 'een houding' aanneemt, zodat de term gedraging zinloos was geworden. Door verder de term 'seksueel' te verbinden aan het opwekken van een seksuele prikkeling, terwijl mensen van van alles en nog wat seksueel opgewonden kunnen raken, werd ook de inhoud van dat criterium zijns inziens vrijwel onbegrensd.

Seksueel binnendringen: een ruime opvatting

In 1994 deed de Hoge Raad een nogal geruchtmakende en ook verstrekkende uitspraak over het bestanddeel 'seksueel binnendringen'.¹⁵⁰¹

De verdachte was met een vinger in de vagina van een minderjarige gegaan. Het hof veroordeelde hem wegens seksueel binnendringen, overwegend dat de wetgever niet langer had willen vasthouden aan het beperkte begrip geslachtsgemeenschap en dat dit een vergelijkbare inbreuk vormde op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer.

Advocaat Jelsma voerde in cassatie aan dat als de wetgever een dergelijke uitbreiding van het begrip 'verkrachting' had bedoeld, dit uit de wetsgeschiedenis had moeten blijken. De Hoge Raad wijdde in reactie hierop een beschouwing aan de wetsgeschiedenis in samenhang met de adviezen van de Adviescommissie Zedelijkheidswetgeving en kwam tot de conclusie¹⁵⁰² dat onder 'seksueel binnendringen' moet worden verstaan ieder binnendringen van het lichaam met een seksuele intentie.

Uit de annotatie van t Hart komt naar voren dat op grond van de wetsgeschiedenis weliswaar duidelijk was dat de wetgever de strafbaarstellingen

¹⁵⁰¹ HR 22 februari 1994, NJ 1994, 379 m.nt. 'tH. De middelen werden ingediend door R.S. Jelsma.

¹⁵⁰² Onder meer overwegend dat uit wetsgeschiedenis noch parlementaire geschiedenis kon worden afgeleid dat de wetgever zich had gedistantieerd van de ruime opvatting van de Commissie hieromtrent.

betreffende zware zedendelicten had willen aanscherpen, maar dat niet expliciet was gedacht aan het soort handeling dat hier aan de orde was. 't Hart vond de redenering van de Hoge Raad zeker niet dwingend, maar wel recht doen aan de strekking van de wet en 'hedendaagse ethische inzichten'.

Nog een stap verder ging de Hoge Raad in 1998 in het 'tongzoen-arrest'.¹⁵⁰³ In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat de wetsgeschiedenis dwingt tot de opvatting dat de wetgever voor wat de toepassing van artikel 242 Sr betreft geen beperking heeft willen aanbrengen in de wijze waarop het lichaam is binnengedrongen en dat dit ook strookt met de ratio van die bepaling, te weten de bescherming van de (seksuele) integriteit van het lichaam.

De Hullu signaleerde in zijn annotatie bij dit arrest twee tegengestelde tendenzen in de toen recente jurisprudentie van de Hoge Raad: de ene behelsde een ruime uitleg van artikel 242 Sr, de ander een restrictieve uitleg van strafbaarstellingen. De Hullu had een tongzoen niet als verkrachting aangemerkt willen zien, omdat (heel kort gezegd) de gemiddelde rechtsgenoot die niet als zodanig zou aanmerken.

Extensieve interpretatie van het begrip 'ambtenaar' in artikel 249 Sr

In 1995 ging de Hoge Raad voor wat betreft de interpretatievrijheid nog een stapje verder door onder het begrip 'ambtenaar' in de zin van artikel 249 tweede lid Sr ook reclasseringswerkers te begrijpen.¹⁵⁰⁴

Het ging om een reclasseringsambtenaar die werd veroordeeld wegens ontucht met een van zijn pupillen. In cassatie werd onder meer geklaagd over het feit dat het hof de verdachte als 'ambtenaar' had aangemerkt, terwijl het reclasseringswerk inmiddels was geprivatiseerd. De Hoge Raad overwoog zonder nadere motivering¹⁵⁰⁵ dat onder het begrip 'ambtenaar' in de zin van artikel 249, lid 2, ten eerste Sr mede wordt begrepen degene die onder toezicht en verantwoording van de overheid is aangesteld in een functie waaraan openbaar karakter niet kan worden ontzegd. Nu de functie van reclasseringswerker zo'n openbaar karakter heeft, mocht het hof hem als ambtenaar in de zin van deze bepaling beschouwen.

't Hart waardeerde deze beslissing als een extensieve interpretatie in het verlengde van de ruime omvang van dit begrip in wet en rechtspraak.

Legistische interpretatie van het begrip 'stiefkind'

In januari 1997 ging het weer de andere kant op met de interpretatie van het begrip 'stiefkind' in de zin van artikel 249 Sr.¹⁵⁰⁶ De verdachte had de minderjarige dochter van zijn vriendin seksueel misbruikt. Het hof veroordeelde hem voor overtreding van (onder meer) ontucht met zijn stiefkind. Advocaat Orie voerde in cassatie echter aan dat de verdachte en zijn vriendin, hoewel zij langdurig hadden samengeleefd, nooit waren getrouwd en dat dus geen sprake was van een stiefkind.

¹⁵⁰³ HR 21 april 1998, NJ 1998, 781 m.nt. De Hullu.

¹⁵⁰⁴ HR 30 mei 1995, NJ 1995, 620 m.nt. 'tH.

¹⁵⁰⁵ Uit de conclusie van de AG Meijers blijkt overigens wel dat deze term naar vaste jurisprudentie altijd ruim en autonoom werd uitgelegd.

¹⁵⁰⁶ HR 7 januari 1997, NJ 1997, 361 m.nt. Sch. De middelen werden ingediend door A.M.M. Orie.

De Hoge Raad gaf hem gelijk. Hij overwoog dat, omdat de wetgever niet het oog had gehad op kinderen in een situatie van concubinaat, terughoudendheid bij de interpretatie van het woord ‘stiefkind’ geboden was. Hij vervolgde dat voor extensieve interpretatie die aansluit bij de maatschappelijke ontwikkelingen keuzes moeten worden gemaakt die aan de wetgever zijn en die de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan. Ten slotte voegde hij daaraan nog toe dat daarvoor te minder aanleiding bestond nu de artikelen 249 en 248ter Sr de betreffende kinderen andere beschermingsmogelijkheden bieden.

Wellicht zou de uitspraak dus anders zijn uitgevallen wanneer ten aanzien van de betreffende kinderen wel sprake was geweest van een echte lacune in de wet. In ieder geval mogen de overwegingen omtrent extensieve interpretatie, in het licht van de overige in deze paragraaf besproken en te bespreken arresten, opmerkelijk heten.

Het nieuwe begrip ‘feitelijkheid’: een ongemotiveerd ruime opvatting

Een maand later deed de Hoge Raad uitspraak over het in 1991 in een aantal zedendelicten ingevoerde bestanddeel ‘feitelijkheid’.¹⁵⁰⁷

Een huisarts had zijn patiënte op dwingende toon gezegd voorover te gaan staan en had vervolgens gemeenschap met haar. Het hof veroordeelde hem voor verkrachting en beschouwde het dwingende gebod als een feitelijkheid in de zin van artikel 242 Sr. Het overwoog daaromtrent dat het optreden van de verdachte een zodanig psychische druk op het slachtoffer opleverde dat zij aan zijn gebod geen weerstand kon bieden.

In één van de door advocaat Meijers aangevoerde cassatiemiddelen werd erop gewezen dat de wetgever weliswaar de invulling van het begrip ‘feitelijkheid’ aan de rechtspraak had overgelaten, maar dat toch wel eensgezindheid bestond over de gedachte dat dit meer moest zijn dan woorden alleen.

Advocaat-generaal Fokkens leidde uit de wetsgeschiedenis af dat het bij een ‘feitelijkheid’ moest gaan om een feitelijkheid van een zo dreigend karakter dat daaraan om die reden geen weerstand geboden kan worden. Aan die voorwaarde was naar zijn oordeel niet voldaan.

De Hoge Raad verwierp de klacht echter. Zonder enige motivering oordeelde hij dat het oordeel van het hof onjuist, noch onbegrijpelijk was.

Uit de commentaren op dit arrest door De Hullu (in zijn noot onder het arrest) en Machielse (in de Kroniek van het Strafrecht 1997)¹⁵⁰⁸ blijkt dat ook hier sprake was van onduidelijkheid over de bedoeling van de wetgever terzake.

In het arrest kwam ook nog de vraag aan de orde of het hebben van gemeenschap met wederzijdse instemming tussen een hulpverlener en zijn patiënt viel onder artikel 249 Sr. In cassatie werd aangevoerd dat het hof een dergelijk geval van gemeenschap ten onrechte als ‘ontucht’ had aangemerkt. De Hoge Raad was het echter met het hof eens. Hij overwoog onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis dat uitgangspunt is dat een seksuele relatie tussen een hulpverlener en zijn patiënt

¹⁵⁰⁷ HR 18 februari 1997, NJ 1997, 485 m.nt. ‘tH. De middelen waren van de hand van G. Meijers.

¹⁵⁰⁸ Machielse, 1998:42-43.

altijd strafbaar is, tenzij de hulpverleningsrelatie niets met de seksuele handelingen te maken heeft.

‘In voorraad hebben’: een ruime uitleg ter bescherming van slachtoffers

In 1998 moest de Hoge Raad een oordeel geven over de inhoud van een ander ‘nieuw’ bestanddeel, te weten het ‘in voorraad hebben’¹⁵⁰⁹ als bedoeld in artikel 240b Sr.¹⁵¹⁰

Bij de verdachte waren tijdens een doorzoeking van zijn woning kinderpornografische afbeeldingen aangetroffen en hij werd in verband daarmee vervolgd. In hoger beroep werd het verweer gevoerd dat ‘in voorraad hebben’, gezien de wetsgeschiedenis, niet hetzelfde was als ‘in bezit hebben’, maar dat daarvoor een zekere pluraliteit en externe gerichtheid nodig waren. Het hof verwierp dat verweer, overwegend dat uit de wetsgeschiedenis kon worden afgeleid dat het in voorraad hebben van dergelijk materiaal voor eigen gebruik strafbaar is en dat derhalve het feit dat de verdachte het materiaal bezat voldoende was voor een bewezenverklaring.

In cassatie werd over deze beslissing geklaagd, maar zonder succes.¹⁵¹¹ De Hoge Raad besprak het middel wel, ondanks dat hij het arrest op een ander punt al vernietigd had. Kennelijk leek het hem nuttig de rechtspraak te voorzien van een uitleg van dit (in 1995 gewijzigde) bestanddeel. Op grond van de wetsgeschiedenis constateerde hij dat in het kader daarvan door de Minister tegenstrijdige uitspraken waren gedaan, waaruit gelet op de oorspronkelijk gegeven uitleg viel af te leiden dat het enkele bezit wel strafbaar werd gesteld, terwijl uit later aan het parlement gegeven toelichtingen kon worden afgeleid dat dat niet zo was. De Hoge Raad overwoog dat de nadere nuanceringsen, waaruit kon worden afgeleid dat het enkele bezit niet strafbaar zou zijn, moeilijk te rijmen vielen met de door de wetgever steeds benadrukte ratio van de wet. Verder strookte het gestelde vereiste van pluraliteit van afbeeldingen niet met de tekst van de wet, waarin steeds werd gesproken van ‘een afbeelding’.¹⁵¹² Bovendien, zo overwoog de Hoge Raad, stonden die nadere nuanceringsen op gespannen voet met de eisen van rechtszekerheid. Daarom moest de oorspronkelijk (in de Memorie van Toelichting) gegeven uitleg prevaleren en was het oordeel van het hof juist.¹⁵¹³

’t Hart vond het eerste argument voor de ruime uitleg, dat van de ratio van de wet, die gelegen is in “*de bescherming van heel jonge kinderen tegen het afschuwelijke seksuele misbruik*”, het sterkste. Het tekstuele argument vond hij niet

1509 Voorheen luidde dit bestanddeel: ‘in voorraad hebben ter verspreiding of ter openlijke tentoonstelling’.

1510 HR 21 april 1998, NJ 1998, 782 m.nt. ‘tH.

1511 De middelen werden ingediend door Th.A. de Roos en A.E.M. Röttgering.

1512 De advocaat-generaal Machiels was het overigens op grond van de door de minister gegeven nadere toelichting en het debat in de tweede kamer met de verdediging eens dat ‘in voorraad hebben’ niet gelijkstond met het enkele ‘bezit’ en concludeerde dan ook tot vernietiging.

1513 Een verklaring voor de verschillende toelichtingen is waarschijnlijk gelegen in het feit dat het wetsvoorstel en de oorspronkelijke toelichting daarop afkomstig waren van Minister van Justitie Hirsch Ballin, terwijl het voorstel verder werd verdedigd door de tussentijds aangetreden Minister van Justitie Sorgdrager.

meer dan een aanknopingspunt, terwijl het argument van rechtszekerheid ook bij een andersluidende beslissing had gegolden.

Hier lijkt dus de ratio van de wet, te weten het beschermen van kinderen tegen seksueel misbruik, het belangrijkste argument te zijn geweest om voor een ruime uitleg te kiezen. Het legaliteitsbeginsel werd niet zozeer verlaten, maar van een neiging tot een restrictieve interpretatie ter bescherming van de verdachte tegen te voortvarende strafbaarstelling is hier in ieder geval geen sprake geweest.

't Hart wees er overigens ook op dat het feit dat bij onduidelijkheid van de wetgeving voor een ruime interpretatie werd gekozen niet nieuw was. Hij verwees naar twee arresten uit de jaren '70, waarin een fout in de wetgeving met betrekking tot de strafbaarstelling van hennep middels een ruime interpretatie werd 'hersteld'.¹⁵¹⁴ Hij stelde ten slotte dat, nu de uitleg van 'in voorraad hebben' ruim was uitgevallen,¹⁵¹⁵ het begrip 'seksuele gedraging' niet ook al te ruim geïnterpreteerd moest worden.

'Seksuele gedraging': belang van het kind als ijkpunt

In 2000 deed de Hoge Raad voor het eerst een uitspraak over de reikwijdte van het begrip 'seksuele gedraging'.¹⁵¹⁶ Het betrof weer een enigszins bekende zaak: tijdens het Holland Festival van 1999 nam justitie een aantal daar geëxposeerde foto's in beslag, waaronder die van een naakte man met een erectie, met op zijn arm een baby. De directie van het festival klaagde onder meer over deze inbeslagname. De rechtbank verklaarde dit beklag gegrond, omdat de betreffende foto een groot deel van zijn onnatuurlijkheid verloor doordat het ging om een door de moeder genomen foto van de vader met hun kind, terwijl het kind de erectie niet kon zien en de man noch de jongen herkenbaar in beeld waren gebracht. Ten slotte had de rechtbank in beschouwing genomen dat was gebleken dat de betreffende foto kunsthistorische waarde had. De officier van justitie ging van deze beslissing in cassatie.

De Hoge Raad gaf in zijn arrest uitvoerig de recente wetsgeschiedenis weer, waarbij hij met name aandacht schonk aan het belang dat de wet beoogde te beschermen en de concrete uitwerking daarvan. Hij overwoog dat de rechtbank ervan blijk had gegeven er in het bijzonder op te hebben gelet of de uit de afbeelding voorkomende ambiance voor de jongen schadelijk was geweest en aldus een juiste maatstaf had aangelegd. Voor wat betreft de toepassing daarvan herhaalde hij de overwegingen van de rechtbank, met uitzondering van die met betrekking tot de kunsthistorische waarden, en oordeelde dat de rechtbank de maatstaf ook juist had toegepast.

De Hullu stelde dat de Hoge Raad door als ijkpunt de schadelijkheid voor het afgebeelde kind te nemen, enigszins afstand leek te nemen van eerdere

¹⁵¹⁴ De Hoge Raad oordeelde in die arresten dat onder 'hennep' in de zin van art. 3 lid 1 onder d Opiumwet niet alleen moest worden verstaan hars die wordt verkregen uit (delen van) de gedroogde toppen van de hennepplant, maar alle hars uit die plant. (HR 29 februari 1972, NJ 1972, 347 (cassatie in het belang der wet) en HR 7 maart 1972, NJ 1972, 348 (afwijzing van een verzoek tot herziening)).

¹⁵¹⁵ De wetgever wijzigde korte tijd later het bestanddeel 'in voorraad hebben' in 'bezit'.

¹⁵¹⁶ HR 26 september 2000, NJ 2001, 61 m.nt. JdH.

jurisprudentie waarin ook ‘het opwekken van seksuele prikkeling’ als een kenmerk van kinderpornografie werd aanvaard.¹⁵¹⁷ Hij concludeerde dat de Hoge Raad een wat meer restrictieve interpretatie (van het begrip seksuele gedraging) had gegeven, die hij, gelet op de overigens erg ruime formulering van artikel 240b Sr en de ruime interpretatie die daaraan wordt gegeven, op zijn plaats achtte.

Porno met meerderjarigen kan ‘kinderporno’ zijn

In 2004 verruimde de Hoge Raad het bereik van het begrip ‘kinderporno’ verder door te oordelen dat het voor de strafbaarheid onder artikel 240b Sr niet noodzakelijk is dat de werkelijke leeftijd van de op de afbeelding zichtbare persoon lager is dan (toen) zestien jaar, maar dat het erom gaat dat deze persoon er jonger dan zestien jaar uitziet.¹⁵¹⁸ Hij motiveerde niet uitvoerig, maar verwees slechts naar ‘de tekst en de strekking van deze bepaling’, waaruit dit zou volgen. Daarmee doelde de Hoge Raad waarschijnlijk op het bestanddeel ‘personen die kennelijk jonger zijn dan zestien jaar’.

Vanzelfsprekend was dit oordeel echter volstrekt niet. Denkbaar was immers ook dat het woord ‘kennelijk’ niet meer inhoudt dan dat het ‘jonger dan zestien jaar’ zijn ook uit de op de afbeelding zichtbare lichaamskenmerken van de afgebeelde persoon mag worden afgeleid. Dat nu ook afbeeldingen van personen van zestien jaar en ouder onder deze strafbaarstelling konden vallen wanneer zij er jonger uitzagen dan hun werkelijke leeftijd mag op zijn minst opmerkelijk heten – maar paste anderszins in de maatschappelijke trend waarin de strafbaarstelling van virtuele kinderpornografie op komst was. Dat neemt niet weg dat aldus een bewijsprobleem¹⁵¹⁹ werd opgelost door de strafbaarstelling op te rekken tot gedragingen die gelet op de ratio van de wet – de bescherming van minderjarigen – niet strafbaar zouden behoren te zijn.

‘Opwekken van seksuele prikkeling’ terug als criterium

Op 7 december 2010 deed de Hoge Raad weer een uitspraak over wat onder het begrip ‘seksuele gedraging’ moet worden verstaan.¹⁵²⁰ In dit arrest kwam het criterium van de ‘seksuele prikkeling’, dat in 2000 leek te zijn verlaten,¹⁵²¹ toch weer voor de dag.

Het betrof een beklag tegen beslag en (als tegenhanger) een vordering tot onttrekking aan het verkeer. Het hof had de aan de orde zijnde afbeeldingen gerubriceerd. Een van die rubrieken betrof materiaal dat het hof had gekwalificeerd als ‘gedragingen waarbij de onnatuurlijke ambiance aan de afbeelding van een

¹⁵¹⁷ Zie HR 6 maart 1990, NJ 1990, 667 m.nt. ‘tH.

¹⁵¹⁸ HR 7 december 2004, NJ 2006, 62.

¹⁵¹⁹ In dergelijke zaken is vaak de identiteit van de afgebeelde personen onbekend, waardoor hun leeftijd niet objectief bewijsbaar is.

¹⁵²⁰ HR 7 december 2010, NJ 2011, 81 m.nt. Schalken. Opnieuw ging het om foto’s en dia’s uit de collectie van de Amerikaanse fotograaf Donald M. (zoals ook in de hiervoor besproken uitspraak van 6 maart 1990), die tijdens een doorzoeking in zijn woning in beslag waren genomen. De twee procedures hadden betrekking op een beklag tegen dit beslag en op de vordering tot onttrekking aan het verkeer van het in beslaggenomen materiaal van de officier van justitie.

¹⁵²¹ Zie het hiervoor besproken arrest van 26 september 2000, NJ 2001, 61.

geheel of gedeeltelijk naakte jeugdige een voor deze schadelijke seksuele connotatie geeft (waarbij de context en het karakter van de afbeelding in ogenschouw zijn genomen)'. Onder meer het materiaal dat in deze rubriek viel onttrok het hof aan het verkeer en met betrekking tot ditzelfde materiaal wees het uiteraard ook het beklag tegen de inbeslagname af. Namens de beslagene werd van deze beschikkingen cassatie ingesteld.¹⁵²²

In voorafgaande beschouwingen stelde de Hoge Raad in zijn beschikking voorop dat tegen de achtergrond van de internationale regelgeving, alsmede de wetsgeschiedenis van artikel 240b Sr,¹⁵²³ deze bepaling vooreerst ziet op een afbeelding van een gedraging van expliciet seksuele aard. Daarbij gaat het om een gedraging die reeds door haar karakter strekt tot het opwekken van seksuele prikkeling. De Hoge Raad merkte daarbij op dat niet nodig is dat vaststaat dat de jeugdige is geschaad. Bij de bespreking van de middelen ging hij dieper in op de concrete aspecten van het begrip "seksuele gedraging". Hij overwoog dat het hof had vastgesteld dat het bij de onderzochte afbeeldingen ging om hetzij gedragingen van expliciet seksuele aard, hetzij om jeugdigen in een zodanige houding of omgeving dat de afbeelding daardoor een onmiskenbaar seksuele strekking had.

Hierdoor werd de in 2000 aangebrachte restrictie op de interpretatie weer teniet gedaan en werd opnieuw een zeer vaag en ruim criterium geformuleerd. Annotator Schalken betreurde het zeer dat dit criterium, dat eerder al onbruikbaar (want veel te ruim en subjectief) was gebleken, aldus in ere werd hersteld.

De Hoge Raad komt terug op het tongzoen-arrest

Op 12 maart 2013 kwam de Hoge Raad terug op zijn in 1998 gegeven interpretatie van het begrip 'seksueel binnendringen' als bedoeld in artikel 242 Sr. Aanleiding hiertoe bood het middel van J. Boksem, waarin deze interpretatie opnieuw aan de orde werd gesteld. De Hoge Raad nam de geboden gelegenheid te baat voor een uitvoerige motivering, waarin de kritische ontvangst van het tongzoenarrest in de wetenschap expliciet werd besproken. De Hoge Raad somde de in de literatuur verwoorde bezwaren op en vond hierin grond 'om te gaan'.¹⁵²⁴ Ook wat dat betreft is

¹⁵²² De middelen werden ingediend door A.E.M. Röttgering.

¹⁵²³ Die zeer uitvoerig waren weergegeven in de ongeveer 90 pagina's tellende conclusie van de advocaat-generaal Knigge. Niet onbelangrijk is dat de wet sinds 2000 weer een aantal malen was gewijzigd. Zo was in 2002 de leeftijdsgrens opgetrokken naar 18 jaar en was de term 'in voorraad hebben' vervangen door 'bezit'. In 2009 werd de maximumstraf op het maken van een beroep of gewoonte van het plegen van strafbare feiten als bedoeld in het eerste lid van art. 240b opgetrokken van 6 naar 8 jaar.

¹⁵²⁴ Kort gezegd hielden de bezwaren, zoals weergegeven in het arrest, in dat het aanmerken van een tongzoen als 'verkrachting' niet strookt met het algemeen spraakgebruik, terwijl een tongzoen ook als aanranding kan worden vervolgd; dat een tongzoen in redelijkheid niet met geslachtsgemeenschap of een daarmee vergelijkbare gedraging op één lijn kan worden gesteld en dat aangenomen mag worden dat de vermelding van 'verkrachting' op het strafblad van de veroordeelde ernstiger maatschappelijke repercussies heeft dan de vermelding van een minder ernstig seksueel misdrijf. Uit de vermelding van met geslachtsgemeenschap vergelijkbare gedraging moet waarschijnlijk worden afgeleid dat het binnendringen van anus of vagina op welke wijze dan ook wel als 'verkrachting' gekwalificeerd kan blijven worden.

sprake van een bijzondere uitspraak.

Conclusie

Alles overziende kan worden geconcludeerd dat de Hoge Raad ook op het gebied van de zedendelicten de relevante bestanddelen de afgelopen jaren in het algemeen ruim interpreteerde, met uitzondering van de begrippen ‘onmacht’ en ‘stiefkind’. De begrippen ‘seksueel binnen-dringen’, ‘feitelijkheid’, ‘ambtenaar’, ‘in voorraad hebben’, ‘kennelijk de leeftijd van 16 (later 18) jaren niet bereikt’ en ‘seksuele gedraging’ werden alle (zeer) ruim geïnterpreteerd. Op dit gebied zal de (ook door ‘Europa’) geëiste bescherming van slachtoffers, zeker in dit soort zaken, een rol gespeeld hebben. Een opmerkelijke kentering deed zich echter voor in 2013, toen de kritiek vanuit de wetenschap de Hoge Raad tot inkeer bracht met betrekking tot het begrip ‘seksueel binnendringen’ voorzover het andere lichaamsopeningen dan de anus of de vagina betreft.

10.4 Euthanasie¹⁵²⁵

Stand van zaken in 1988

In de inleiding op dit deel werd vermeld dat Moons als een van de voorbeelden van terughoudendheid op het terrein van het materiële strafrecht het onderwerp van de euthanasie noemde.¹⁵²⁶ Hij moet in zijn overzicht hebben bedoeld op de arresten die wel ‘Euthanasie I’ en ‘Euthanasie II’ worden genoemd.¹⁵²⁷ Mulder vergeleek deze beide arresten in zijn noot onder het Euthanasie II-arrest. In het eerste aanvaardde de Hoge Raad de mogelijkheid dat een arts handelt in een noodtoestand, wanneer hij een patiënt euthanaseert die hem daarom ernstig heeft verzocht. Daaraan verbond de Hoge Raad wel een aantal voorwaarden, zoals dat de patiënt het lijden als ondraaglijk ervaart, dat voor steeds verder gaande ontluistering moet worden gevreesd en dat hij waarschijnlijk weldra niet meer op waardige wijze zou kunnen sterven, terwijl mogelijkheden tot verzachting van het lijden ontbraken. Dit alles bovendien naar vakkundig medisch inzicht. In het tweede arrest aanvaardde de Hoge Raad dat in dergelijke gevallen ook sprake kon zijn van psychische overmacht. Het eerste arrest betrof een vrouw van 95, die zwaar leed onder het verval van haar krachten en een inzinking had gehad waarbij zij niet meer kon eten en drinken, het tweede een vrouw van 73, die leed aan een vergevorderd stadium van multiple sclerose.

Hieronder wordt besproken hoe de Hoge Raad op dit gebied verder ging.

1525 Eigenlijk is het delict dat hier wordt besproken ‘moord’, maar gelet op het bijzondere karakter van deze rechtspraak is besloten dit bijzondere type moord een eigen benaming te geven.

1526 Zie hoofdstuk 6, onder 6.3.

1527 Respectievelijk HR 27 november 1984, NJ 1985, 106 en HR 21 oktober 1986, NJ 1987, 607 m.nt. GEM.

Het Chabot-arrest: uitzonderlijk grote behoedzaamheid bij niet-somatisch lijden

In 1994 wees de Hoge Raad het 'Chabot-arrest', genoemd naar de arts die de euthanasie pleegde.¹⁵²⁸

Deze zaak had betrekking op een 50-jarige vrouw die, met een tussenpoos van vier jaar, haar twee zoons had verloren en die sindsdien een ernstige en langdurige doodswens koesterde. Direct na het overlijden van haar tweede zoon deed zij een zelfmoordpoging. Van een somatische ziekte was geen sprake, maar zij leed wel aan een depressie. Chabot was niet haar behandelend arts, maar was ingeschakeld door tussenkomst van de Nederlandse Vereniging voor Vrijwillige Euthanasie. Hij kwam na onderzoek tot de conclusie dat sprake was van een rouwproces, gecompliceerd door depressie in engere zin, zonder psychotische kenmerken. Verschillende door Chabot geconsulteerde deskundigen hadden deze depressie als onbehandelbaar ingeschat. Chabot en deze deskundigen waren er zeker van dat de vrouw zich aan een eventueel opgedrongen behandeling zou onttrekken en zich (zodanig op 'harde wijze') van het leven zou beroven. Chabot hielp haar vervolgens bij haar zelfdoding. Hij werd hiervoor vervolgd, maar zowel de rechtbank als het hof ontsloegen hem van alle rechtsvervolgging.

Het openbaar ministerie kwam van het arrest van het hof in cassatie. Het stelde primair dat euthanasie bij het ontbreken van een somatische ziekte nimmer te rechtvaardigen is.

De Hoge Raad leidde de bespreking van de middelen in met algemene beschouwingen. Daarin wees hij erop dat het maatschappelijk debat niet had geleid tot wijziging van de strafbepalingen. Tevens wees hij op de meldingsprocedure, die een wettelijke grondslag had verkregen en die weliswaar geen materiële criteria voor de arts bood, maar wel een structuur waarin verantwoording kon worden afgelegd.

De Hoge Raad wees vervolgens de primaire klacht af, overwegend dat het feit dat de oorzaak van het lijden niet somatisch is, niet afdoet aan de mate waarin het lijden wordt ervaren. Hij waarschuwde echter wel dat in dergelijke gevallen met name de ernst en de uitzichtloosheid van het lijden moeilijker kunnen worden vastgesteld en dat daarom het onderzoek van de rechter of sprake was van een noodtoestand met uitzonderlijk grote behoedzaamheid moet geschieden. Het tweede middel slaagde echter wel: de Hoge Raad was het met het openbaar ministerie eens dat Chabot, nu het een geval betrof waarin het niet ging om somatisch lijden, een collega had moeten inschakelen die de patiënte zelf had moeten zien en onderzoeken en zijn inzicht aan diens inzicht had moeten toetsen. Uit de bewoordingen van de overweging valt op te maken dat dit ertoe dient het de rechter mogelijk te maken de benodigde uitzonderlijk grote behoedzaamheid te betrachten. Nu Chabot dat had nagelaten, had het hof niet mogen oordelen dat de verdachte voor een onontkoombaar conflict van plichten stond en in die situatie een gerechtvaardigde keuze had gemaakt.¹⁵²⁹

Schalken wees erop dat aldus het al dan niet bestaan van een noodtoestand werd bepaald door het medisch inzicht en dat de gebruikelijke juridische maatstaven als

1528 HR 21 juni 1994, NJ 1994, 656 m.nt. Sch. De middelen werden ingediend door E.Ph.R. Sutorius.

1529 Dit was ook in de eerdere euthanasiearresten het vaste criterium voor een gerechtvaardigd beroep op noodtoestand.

proportionaliteit en subsidiariteit en een factor als ‘culpa in causa’ hier buiten beeld blijven.

De zaak Brongersma

In december 2002 deed de Hoge Raad weer een uitspraak over euthanasie in een geval van levensmoeheid ten gevolge van ouderdom en de daarbij behorende gebreken, in het arrest in de zaak Brongersma.¹⁵³⁰ Brongersma's geval leek wel een beetje op dat van de vrouw uit het euthanasie I-arrest. Beiden waren oud en levensmoe. Voor zover uit de arresten valt af te leiden werd de levensmoeheid van de vrouw echter louter ingegeven door haar lichamelijke toestand,¹⁵³¹ terwijl Brongersma mede leed onder het verlies van alles wat zijn leven interessant had gemaakt. Hij vreesde zo nog wel tien jaar door te moeten gaan. Zijn huisarts hielp hem uiteindelijk tot zijn grote opluchting uit zijn lijden, maar werd vervolgens vervolgd.

Buiten kijf lijkt dat sprake was van een proefproces.¹⁵³² De rechtbank aanvaardde het beroep op noodtoestand, maar het hof veroordeelde, al was het zonder oplegging van straf of maatregel.

De Hoge Raad wijdde uitvoerige algemene beschouwingen aan zijn eigen eerdere jurisprudentie en aan de toen recent tot stand gekomen wetgeving, waarin die rechtspraak grotendeels was gecodificeerd.¹⁵³³ Hij overwoog dat de uit zijn eerdere jurisprudentie voortvloeiende eis, dat de arts moet hebben gehandeld overeenkomstig wetenschappelijk verantwoord medisch inzicht en overeenkomstig in de medische ethiek geldende normen, meebrengt dat zijn deskundigheid zich niet uitstrekt tot hulpvragen die geen ziekte of aandoening tot oorsprong hebben. Daarnaast besteedde hij veel aandacht aan het feit dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever was dat die wet betrekking zou hebben op situaties waarin geen sprake is van somatische of psychische aandoeningen. Hij oordeelde uiteindelijk dat het hof het beroep op noodtoestand terecht had verworpen, maar kwam niet terug van zijn eerdere oordeel dat ook een lijden dat niet is veroorzaakt door enige aandoening een noodtoestand kan opleveren. Voor die gevallen verklaarde hij alleen de arts niet (voldoende) deskundig. Deze was daarom niet degene die in zo'n geval voor een conflict van plichten kan komen te staan. Hij verweet de betreffende arts, van wie hij overigens opmerkte dat deze gewetensvol en consciëntieus had gehandeld en zich steeds toetsbaar had opgesteld, dan ook dat hij had nagelaten te onderzoeken of via andere disciplines of via de psychiater een andere uitweg dan euthanasie gevonden kon worden. Daarbij speelde een rol dat Brongersma had aangegeven niet zonder meer afwijzend tegenover behandeling te staan. Advocaat-generaal Keijzer had overigens geconcludeerd tot vernietiging, omdat hij op grond van de Wet BIG meende dat de

1530 HR 24 december 2002, NJ 2003, 167 m.nt. Sch.

1531 De feiten, zoals die omtrent de inzinking waarbij zij niet meer kon eten en drinken, doen vermoeden dat haar natuurlijke dood op niet al te lang termijn te verwachten was.

1532 Zo blijkt uit de weergave in het arrest van de Hoge Raad van de middelen, ingediend door J.M. Sjöcrona.

1533 De Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Stb. 2001, 194.

deskundigheid van de arts wordt geacht zich uit te strekken tot iedere toestand van fysiek of psychisch niet welbevinden en het oordeel of het lijden van een patiënt uitzichtloos is in de zin van de Wet Toetsing Levensbeëindiging derhalve toekomt aan de medicus.¹⁵³⁴

Schalken wees erop dat de Hoge Raad de grenzen, mede onder invloed van het politieke draagvlak daarvoor, weer wat strakker had getrokken, maar dat op het snijvlak van het medisch en niet-medisch handelen een grijs gebied was blijven bestaan. Hij meende dat de Hoge Raad duidelijk had gemaakt dat het (met name op dat gebied) uiteindelijk de rechter is die bepaalt wat rechtens geoorloofd is. Maar dat is wel achteraf, kan daaraan worden toegevoegd.

Conclusie

Op het onderwerp van de euthanasie is het de wetgever geweest die de Hoge Raad heeft gevolgd, en niet zozeer andersom. Hier kan de koers die de Hoge Raad vaart nog steeds als rechtsbeschermend worden gekarakteriseerd, nu de Hoge Raad grote terughoudendheid blijft betrachten bij het strafbaar achten van de arts die een levensmoe medemens behulpzaam is bij het bewerkstelligen van diens dood.

10.5 Beschouwing en conclusie

Het voorgaande is al met al een bonte verzameling jurisprudentielijnen door het materieel strafrecht, maar evenzeer een slechts kleine selectie uit de enorme hoeveelheid onderwerpen die het materieële strafrecht rijk is.

Het ontstane beeld laat rechtsbeschermend optreden van de Hoge Raad zien vanaf het midden van de jaren negentig op het terrein van het voorwaardelijk opzet: de feitenrechter werd erop gewezen dat voorwaardelijk opzet goed moet worden onderscheiden van bewuste schuld en werd verplicht tot precies motiveren op zowel het onderwerp van de bewuste aanvaarding, als dat van de aanmerkelijkheid van de kans. Ook vergrootte de Hoge Raad de slagingskansen van noodweer- en noodweereccesverweren: hij rekte het noodweerecces op door het extensief noodweerecces te introduceren en versoepelde het subsidiariteitsvereiste. Ook maande hij de feitenrechter een dergelijk verweer niet te gemakkelijk te blokkeren door aan te nemen dat sprake was van culpa in causa. De Hoge Raad leek hier gevoelig voor de stemming in de maatschappij (die grote vrijheid voor de 'brave burger' lijkt te willen), maar dat doet niet af aan het rechtsbeschermende effect van deze jurisprudentie. De bescherming van de verdachte arts op het terrein van de euthanasie bleef ongewijzigd.

Veel meer dienstig aan de criminaliteitsbestrijding was de jurisprudentie over de overige onderzochte onderwerpen. Al in de periode voor 1988, met name sinds het al eerder genoemde containerarrest, was een ontwikkeling begonnen naar

¹⁵³⁴ Hij vond dat uit het oordeel van het hof onvoldoende bleek of de arts had voldaan aan de uit die wet voortvloeiende zorgvuldigheidseis dat hij de overtuiging heeft gekregen dat het lijden uitzichtloos en ondraaglijk was.

vergemakkelijking van het bewijs van medeplegen. Vroeg in de periode daarna breidde de Hoge Raad de mogelijkheden verder uit door het enkele ‘zich niet-distantiëren’ van medeverdachten die strafbare feiten plegen in een (beperkt) aantal gevallen voldoende te achten voor veroordeling voor medeplegen. Dit beperkte aantal gevallen betrof wel ernstige delicten, waardoor de indruk bestaat dat de Hoge Raad vooral om die reden heeft gemeend dat de feitenrechter de bewijsnood op deze wijze mocht oplossen. Gemeengoed is het zich niet-distantiëren als belangrijke factor voor de beoordeling van medeplegen tot op heden evenwel niet geworden, behalve bij het toerekenen van door een dader veroorzaakte strafverzwarende omstandigheden aan mededaders.

Ruim baan heeft de Hoge Raad gegeven aan de toepassing van artikel 140 Sr in hele gewone strafzaken. De eis dat van een criminele organisatie eerst sprake is wanneer van het samenwerkingsverband een zekere dreiging uitgaat voor de openbare orde stelt de Hoge Raad niet, althans niet merkbaar, hoewel dat gezien de plaatsing van deze bepaling in het wetboek voor de hand had gelegen. Aan de structuur of de omvang van de organisatie stelt hij evenmin eisen. Hij heeft de feitenrechter wat dat betreft de vrije hand gelaten. Dit heeft ertoe geleid dat deze strafbaarstelling (overigens evenals de criminele drugsorganisatie in de Opiumwet) inmiddels erg veel wordt gebruikt, ook in relatief kleine zaken. Aldus is de bewijslast voor het Openbaar Ministerie aanzienlijk verlicht (het is immers niet meer noodzakelijk altijd concrete strafbare feiten te bewijzen).

Ook met betrekking tot de in de onderzochte periode ingevoerde strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen is in de jurisprudentie van de Hoge Raad meer ruimhartigheid jegens de vervolgende instanties dan rechtsbescherming voor de verdachte te ontwaren. Met name in de zaak Samir A. was sprake van een ruime interpretatie van het bestanddeel ‘kennelijk bestemd tot’ – de Hoge Raad zag de vervulling van dat bestanddeel (met een uitvoerig beroep op de wetsgeschiedenis) als losstaand van de vraag of de betreffende voorwerpen wel daadwerkelijk en op afzienbare termijn tot het kennelijk beoogde doel konden dienen.

Op het terrein van de zedendelicten waren al even weinig rechtsbeschermende tendensen te vinden. Eigenlijk over de hele linie daarvan kwam de Hoge Raad tot ruime en soms zelfs extensieve interpretatie van relevante bestanddelen, waardoor de reikwijdte van de diverse strafbaarstellingen aanzienlijk werd verruimd.

Op al deze terreinen kwam de jurisprudentie van de Hoge Raad behoorlijk overeen wat op dat moment in de politiek en wellicht ook ‘in de maatschappij’ wenselijk werd geacht. Van de terughoudendheid waarvan Moons in 1989 sprak, was in de onderzochte periode dus weinig over. Het belang van het legaliteitsbeginsel in het strafrecht, dat tot de tachtiger jaren zo’n belangrijke rol speelde, lijkt inmiddels behoorlijk gerelativeerd.

Met name wanneer individuele delicten aan de orde zijn, maar ook in geval sprake is van een nieuwe wettelijke bepaling zoals de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, pleegt de Hoge Raad te interpreteren aan de hand van de wetsgeschiedenis. Waar die in het recente verleden niet eenduidig was of veel ruimte

liet aan de rechter, zoals in het geval van zedenzaken, lette de Hoge Raad op de ratio van de bepaling. In het geval van de zedendelicten leidde dat meermalen tot extensieve interpretaties.

11 Schendingen van mensenrechten en gerechtelijke dwalingen

In dit hoofdstuk wordt een blik geworpen op arresten van de Hoge Raad in zaken waarin achteraf is gebleken dat het strafproces tot een onjuiste uitkomst¹⁵³⁵ heeft geleid, hetzij omdat het Europese Mensenrechtenhof een schending van een bepaling van het EVRM vaststelde, hetzij omdat de verdachte ten onrechte bleek te zijn veroordeeld. Met name wordt gezien of in die gevallen gezegd kan worden dat de Hoge Raad van die fout een verwijt kan worden gemaakt. Gelet op de uit zijn taakopvatting voortvloeiende beperkingen bij de beoordeling van een zaak is dat immers niet vanzelfsprekend het geval. Voorzover aan de Hoge Raad in die gevallen inderdaad een verwijt kan worden gemaakt, is het uiteraard nog interessanter van welke aard die dan is en waardoor die fout is veroorzaakt.

In het navolgende zullen de zaken (wederom uit het tijdvak 1988 tot en met 2012) aan de orde komen waarin het EHRM klachten tegen Nederland in strafzaken gegrond verklaarde en het hoofdstuk zal worden afgesloten met de bespreking van enkele strafzaken waarin de Hoge Raad tot herziening besloot. De meeste van die zaken zijn overigens in de voorafgaande hoofdstukken ook al besproken, maar vanuit een ander perspectief.

11.1 Straatsburgse arresten

11.1.1 *De zaak Kostovski – anonieme getuigen*

De oudste zaak die hier wordt bekeken is de zaak Kostovski, een arrest uit 1989.¹⁵³⁶ Deze zaak ging over het gebruik van verklaringen van anonieme getuigen voor het bewijs.

¹⁵³⁵ Hierbij wordt ervan uitgegaan dat de vaststelling door het EHRM dat van een schending sprake is geweest betekent dat de Nederlandse rechter een fout heeft begaan, al wordt die opvatting niet algemeen gedeeld. Voorts wordt het feit dat een uitspraak wordt herzien eveneens beschouwd als de constatering dat de eerdere uitspraak onjuist was, in die zin dat de veroordeling van de betrokkene achteraf gezien niet uitgesproken had mogen worden.

¹⁵³⁶ EHRM 20 november 1989, NJ 1990, 245 m.nt. EAA. Zie over dit arrest ook hoofdstuk 8, onder 8.4.1, Anonieme getuigen.

Het vooronderzoek

Kostovski werd vervolgd vanwege een bankoverval in Baarn.¹⁵³⁷ Het bewijs van zijn betrokkenheid berustte in hoge mate op de verklaringen van twee anonieme getuigen, die zichzelf bij de politie hadden gemeld. De politie stelde hun verklaringen pas na enige tijd op schrift.¹⁵³⁸ De eerste getuige werd nadien niet meer gehoord. De tweede werd tweemaal gehoord door een rechter-commissaris, maar deze rechters-commissarissen waren niet op de hoogte van zijn identiteit. Bovendien was de verdediging noch het openbaar ministerie voor de verhoren uitgenodigd.¹⁵³⁹ De tweede maal werden wel door de verdediging schriftelijk ingediende vragen aan de getuige gesteld, maar werd de beantwoording van het overgrote deel van die vragen¹⁵⁴⁰ belet, omdat die zijn anonimiteit in gevaar zou kunnen brengen.

De procedure in feitelijke aanleg

Ter terechtzitting in eerste aanleg werden niet de getuigen zelf, maar de rechters-commissarissen gehoord, alsmede een politieman die de verklaring van de tweede getuige had opgetekend.¹⁵⁴¹ De rechters-commissarissen verklaarden als getuigen ieder voor zich niet te twijfelen aan de betrouwbaarheid van de anonieme getuigen.¹⁵⁴² Ook nu werd beantwoording van bepaalde vragen van de verdediging weer belet. De verklaringen van de tweede getuige werden ter terechtzitting voorgelezen.

Kostovski werd zowel in eerste aanleg als in hoger beroep mede op grond van de verklaringen van de beide anonieme getuigen veroordeeld. Het hof overwoog in hoger beroep dat het de verklaringen bruikbaar achtte voor het bewijs, omdat aannemelijk was geworden dat beide getuigen gegronde vrees hadden voor represailles van de zijde van de verdachten, zij een betrouwbare respectievelijk redelijk betrouwbare indruk hadden gemaakt op de verhorende ambtenaren¹⁵⁴³ en

1537 Uit het feitenoverzicht in het arrest van het EHRM in deze zaak valt af te leiden dat Kostovski een zeer lang strafblad had, waarop meerdere gewapende overvallen en een gewelddadige ontsnapping uit een gerechtsgebouw figureerden. Zijn medeverdachte in deze zaak was Stanley Hillis, met wie hij niet lang daarvoor was ontsnapt uit de gevangenis in Scheveningen. Waarschijnlijk vermeldde het EHRM dit om aan te geven dat deze zaak zich afspeelde in de sfeer van de zware georganiseerde criminaliteit. Het gebruik van anonieme getuigen in het Nederlandse stelsel werd immers ook in deze zaak door de regering gerechtvaardigd als noodzaak om deze vorm van criminaliteit te kunnen bestrijden.

1538 Opvalt dat die verklaringen, afgelegd in januari respectievelijk februari 1982, pas in maart 1982 op papier werden gezet.

1539 Wel was de politie daarbij aanwezig, zo valt uit het arrest op te maken.

1540 Om precies te zijn 12 van de 14 door raadvrouw T. Spronken ingediende vragen.

1541 Uit het arrest van het EHRM wordt niet duidelijk of een politieman is gehoord over de betrouwbaarheid van de eerste getuige. Uit het arrest van de Hoge Raad in de zaak Hillis blijkt echter dat ter terechtzitting meer politiemensen als getuige werden gehoord dan het EHRM vermeldt. Nergens wordt voorts gewag gemaakt van het feit dat niemand zich over die betrouwbaarheid zou hebben uitgelaten. Het lijkt er daarom op dat het wel zal zijn gebeurd.

1542 Over de eerste getuige verklaarde uiteraard slechts de politieman.

1543 Herhaald wordt dat de eerste getuige nooit door een rechter was gezien en de betrouwbaarheid van zijn verklaring dus evenmin door een rechter was getoetst.

tussen hun verklaringen onderling verband en samenhang bestond. Het hof voegde daaraan toe dat zij zich op eigen initiatief hadden gemeld.

De beoordeling in cassatie

In cassatie hield deze veroordeling stand. De Hoge Raad overwoog dat het aan de feitenrechter is te beslissen over het gebruik van bepaald materiaal voor het bewijs en dat het hof aan zijn (toen nog jurisprudentiële-AR) verantwoordingsplicht ten aanzien van het gebruik voor het bewijs van de verklaringen van anonieme getuigen had voldaan, doordat het zich rekenschap had gegeven van de betrouwbaarheid van die verklaringen.¹⁵⁴⁴

De beoordeling door het EHRM

Namens Kostovski diende Spronken een klacht in bij het EHRM, betogend dat het recht op het horen van getuigen onder artikel 6 lid 3 onder d EVRM was geschonden.

Het Hof oordeelde dat Kostovski inderdaad geen eerlijk proces had gehad.¹⁵⁴⁵ Het stelde voorop dat de verdediging in beginsel ‘an adequate and proper opportunity’ moet krijgen om getuigen a charge te ondervragen en hun verklaringen te betwisten. Het constateerde dat de verdediging die kans in deze zaak in allerlei opzichten niet had gehad. De moeilijkheden die daardoor werden ondervonden, werden versterkt door het feit dat het anonieme getuigen betrof. Het hof merkte op dat dit de verdediging berooft van mogelijkheden de betrouwbaarheid van de verklaringen aan te vechten. De mogelijkheden die de verdediging wel werden geboden achtte het hof onvoldoende om de belemmeringen in het ondervragingsrecht te compenseren. Ook het feit dat de getuigen niet voor de rechtbank en het hof waren verschenen en dat ook de rechters-commissarissen die de tweede getuige wel hadden gehoord zijn of haar identiteit niet kenden, achtte het hof problematisch. Ten slotte overwoog het hof dat de anonieme verklaringen ‘to a decisive extent’ aan Kostovski’s veroordeling hadden bijgedragen en kwam het tot de eindconclusie dat sprake was van schending van artikel 6 EVRM.

Alkema, die dit arrest annoteerde, stelde dat het leerde dat anonieme getuigenissen als dragend bewijs in beginsel ontoelaatbaar zijn.

Beschouwing

De arresten van het EHRM waarop het Hof in dit arrest voorbouwde, Unterpertinger¹⁵⁴⁶ en Barbera,¹⁵⁴⁷ dateren van na de beoordeling in cassatie in deze

¹⁵⁴⁴ HR 25 september 1984, niet gepubliceerd, maar wel werd gepubliceerd het arrest van dezelfde datum tegen zijn medeverdachte Stanley H., NJ 1985, 426 m.nt. Van Veen. Mede op grond van de opmerking terzake in par. 32 van het arrest van het EHRM, kan ervan worden uitgegaan dat de overwegingen hieromtrent in beide arresten gelijklopend waren.

¹⁵⁴⁵ Het betrof een unanieme beslissing.

¹⁵⁴⁶ EHRM 24 november 1986, NJ 1988, 745 (*Unterpertinger t. Oostenrijk*).

¹⁵⁴⁷ EHRM 6 december 1988, CEDH-A 146 (*Barbera t. Spanje*).

zaak. Het oordeel van de Hoge Raad in *Kostovski* was derhalve niet in strijd met destijds bestaande jurisprudentie van het EHRM.¹⁵⁴⁸

In deze zaak was door de Nederlandse regering onder meer aangevoerd dat sprake was van een toename van intimidatie van getuigen en dat de Nederlandse jurisprudentie het resultaat was van een afweging van belangen tussen de maatschappij, de verdediging en de betreffende getuigen. Het hof respondeerde daarop door te overwegen dat het weliswaar het belang van de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit niet onderschatte, maar dat het recht op een 'fair administration of justice' zo'n belangrijke plaats in een democratische samenleving inneemt, dat het niet mag worden opgeofferd aan doelmatigheid.

In Nederland leefde ook toen al bij velen onbehagen over het gebruik van anonieme verklaringen, getuige bijvoorbeeld de conclusie van de advocaat-generaal Leijten bij het arrest in de zaak tegen Stanley H., een van de medeverdachten van *Kostovski*.¹⁵⁴⁹ De Hoge Raad koos desalniettemin voor grote terughoudendheid. Hij liet het oordeel aan de feitenrechter en toetste diens motivering slechts op begrijpelijkheid, dus marginaal. Mogelijk was hij van oordeel dat het stellen van regels een taak was van de wetgever.

Geconstateerd moet worden dat deze terughoudendheid achteraf gezien te groot was. Dit geldt temeer wanneer wordt gezien hoe de ontwikkelingen op dit terrein zijn verdergegaan: de gedachte dat een veroordeling niet uitsluitend of in beslissende mate op verklaringen van anonieme getuigen mag zijn gebaseerd heeft algemene ingang gevonden. De wetgever handelde uiteindelijk wel: het verbod is thans neergelegd in artikel 344a Sv. Maar ook de Hoge Raad nam zijn rechtsontwikkende taak later voortvarender ter hand.

11.1.2 *De zaak Abdoella – de redelijke termijn*

Het volgende arrest betrof de redelijke termijn: in de zaak *Abdoella* verraste het Europese hof in 1992 vriend en vijand door de redelijke termijn in deze zaak geschonden te achten.¹⁵⁵⁰

De nationale procedure

Abdoella werd vervolgd wegens moord en bevond zich in verband daarmee in voorlopige hechtenis. Zijn proces verliep (zeker naar huidige begrippen) in het begin bijzonder vlot. Hij werd aangehouden in januari 1983, veroordeeld door de

¹⁵⁴⁸ Ook de AG Leijten, die in de zaak *Stanley H.* concludeerde, en Van Veen refereren in hun conclusie resp. noot niet aan het EVRM. Zie HR 25 september 1984, NJ 1985, 426.

¹⁵⁴⁹ HR 25 september 1984, NJ 1985, 426. Hij kwam in die conclusie overigens, mede op grond van het feit dat er nog iets meer bewijs was dan alleen de verklaringen van de anonieme getuigen, tot de slotsom dat het middel ongegrond was. Van Veen stelde in zijn noot bij dat arrest de (kennelijk retorische) vraag 'Hoe ver durven wij te gaan met het veroordelen alleen op grond van op schrift gestelde verklaringen van onbekende getuigen, die door de verdachte en zijn raadsman niet nader ondervraagd kunnen worden?'.

¹⁵⁵⁰ EHRM 25 november 1992, NJ 1993, 24. Het betrof een unanieme beslissing. *Abdoella* werd bijgestaan door raadvrouw G.E.M. Later.

rechtbank in mei 1983 en door het hof in augustus 1983.¹⁵⁵¹ Pas toen hij in cassatie ging vertraagde de procedure: het hof zond de stukken pas in juli 1984 naar de Hoge Raad. De Hoge Raad vernietigde en verwees de zaak naar een ander hof, dat Abdoella opnieuw veroordeelde in oktober 1985.¹⁵⁵² Weer stelde Abdoella cassatieberoep in. Ook dit hof was traag met het opsturen van de stukken: de Hoge Raad ontving deze pas in september 1986.

In de middelen werd onder meer geklaagd over de schending van de redelijke termijn. De Hoge Raad achtte de termijn die was verlopen sinds de uitspraak van het hof in 1985 echter niet dusdanig lang dat het hof hoefde te laten blijken daarnaar onderzoek te hebben gedaan¹⁵⁵³ en zag evenmin een probleem in de termijn van bijna een jaar tussen het instellen van het cassatieberoep en de binnenkomst van de stukken op zijn eigen griffie. Hij verwierp het beroep in mei 1987.¹⁵⁵⁴ Al die tijd was de voorlopige hechtenis van Abdoella blijven lopen.

De beoordeling door het EHRM

Het Hof achtte de periode van in totaal vierenhalf jaar die de procedure in beslag had genomen op zichzelf niet in strijd met artikel 6 EVRM, maar viel over de lange perioden die gemoed waren geweest met het opsturen van de stukken naar de Hoge Raad: in totaal ruim 21 maanden. Het wees op de ‘special diligence’ die van de autoriteiten mag worden verwacht wanneer de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt en oordeelde dat zulke lange perioden van inactiviteit zeker in dat geval onacceptabel zijn. Het constateerde dan ook dat van een schending sprake was geweest, maar kende overigens geen schadevergoeding toe.

Alkema, die dit arrest becommentarieerde, vond het ‘opzienbarend’ dat deze vertragingen van in totaal minder dan twee jaar tot een schending leidden. Hij was tamelijk kritisch over het ad hoc-beleid van het EHRM, dat maar bleef weigeren algemene uitspraken op dit terrein te doen en door het benadrukken van het belang van de redelijke termijn bovendien zijns inziens eenzijdig een facet van het proces accentueerde, ten koste van andere.

Beschouwing

Gelet op de toenmalige onduidelijkheid met betrekking tot de eisen die het EHRM stelde en op de huidige stand van zaken met betrekking tot de redelijke termijn, kan de Hoge Raad hier geen verwijt worden gemaakt met betrekking tot zijn eigen uitspraak in de Abdoella-zaak.

1551 Abdoella werd veroordeeld tot 12 jaar gevangenisstraf.

1552 Zij het tot een lagere gevangenisstraf, te weten 10 jaar.

1553 Kennelijk was in hoger beroep terzake geen verweer gevoerd, zo valt uit deze formulering af te leiden.

1554 HR 19 mei 1987, NJ 1988, 424.

11.1.3 *De zaken Lala en Pelladoah – verdediging van de afwezige verdachte*

Anders ligt dat met betrekking tot de jurisprudentie van de Hoge Raad over de verdediging van de afwezige verdachte, die een halt werd toegeroepen door de uitspraken van het EHRM in de zaken Lala en Pelladoah, gewezen in 1994.¹⁵⁵⁵

De procedures in hoger beroep

In beide zaken hadden de verdachten hoger beroep ingesteld tegen hun veroordeling door de rechtbank, maar verschenen zij niet ter terechtzitting in hoger beroep. Daar verschenen in beide zaken echter wel hun raadslieden, die verklaarden waarom hun cliënten niet aanwezig waren. In het geval van Lala was dat omdat hij vreesde ter zitting te worden gearresteerd en in het geval van Pelladoah omdat deze na het uitzitten van zijn in eerste aanleg opgelegde straf was uitgezet naar Mauritius. Aan geen van deze raadslieden werd echter het recht gegeven iets ten behoeve van de verdediging van hun cliënt naar voren te brengen en beide mannen werden bij verstek veroordeeld. In beide gevallen lieten de betrokkenen het er niet bij zitten en tekenden beroep in cassatie aan.¹⁵⁵⁶

De beoordeling door de Hoge Raad van de zaak Lala

In de zaak Lala werd geklaagd over het feit dat de raadsman niet het recht was gelaten het laatst te spreken en over het feit dat het hof had nagelaten vast te stellen of sprake was van een klemmende reden voor Lala's afwezigheid, in welk geval de raadsman de verdediging had mogen voeren.

De Hoge Raad begon bij de tweede klacht en stelde dat, nu uit het proces-verbaal niet bleek dat de raadsman kenbaar had gemaakt dat hij voor Lala wilde optreden, het hof niet verplicht was hem toe te staan dat te doen. De eerste klacht werd afgewezen juist omdat de raadsman ter zitting niet als zodanig optrad.

De procedure in feitelijke aanleg in de zaak Pelladoah nader beschouwd

De zaak Pelladoah is aanzienlijk schrijnender dan die van Lala, waarin een gevangenisstraf van 2 maanden werd opgelegd. Pelladoah was op Schiphol aangehouden met in zijn koffer 20 kilo heroïne. De rechtbank sprak hem vrij van de opzettelijke invoer, maar veroordeelde hem wel tot een gevangenisstraf van 6 maanden voor de onopzettelijke variant.

Zowel het openbaar ministerie als Pelladoah kwam in hoger beroep, maar in afwachting daarvan werd Pelladoah uitgezet. In hoger beroep vonden meerdere zittingen plaats, waarbij Pelladoah's raadsman steeds aanwezig was, maar nooit het

¹⁵⁵⁵ Beide: EHRM 22 september 1994. Lala werd gepubliceerd in NJ 1994, 733, met een noot van Knigge die mede op Pelladoah betrekking had. In de zaak Lala oordeelde het hof met acht stemmen tegen een en in de zaak Pelladoah unaniem. Lala werd in Straatsburg bijgestaan door B.R. Angad Gaur en Pelladoah door V. Kraal.

¹⁵⁵⁶ De arresten van de Hoge Raad zijn niet gepubliceerd, maar de inhoud daarvan is af te leiden uit het arrest van het EHRM en de weergave daarvan in de NJ. Hetzelfde geldt voor de arresten van de hoven.

woord kreeg, behalve om toe te lichten waarom zijn cliënt niet aanwezig was. Als reden daarvoor gaf hij op dat deze te ver weg woonde (te weten in Mauritius) om te kunnen verschijnen. Op de eerste zitting oordeelde het hof dat dit geen ‘klemmende redenen’ opleverde waarom Pelladoah zelf niet kon verschijnen. Op de volgende zitting¹⁵⁵⁷ vroeg de raadsman zijn cliënt op de voet van artikel 270 (oud) Sv¹⁵⁵⁸ te mogen vertegenwoordigen ten aanzien van het subsidiair¹⁵⁵⁹ ten laste gelegde. Het hof wees dit af, omdat niet bleek dat de verdachte hem daartoe had gemachtigd en omdat bovendien het primair ten laste gelegde, ten aanzien waarvan een gevangenisstraf kon worden opgelegd, als eerste moest worden beoordeeld. Op de laatste zitting legde de raadsman de gewenste schriftelijke volmacht van zijn cliënt over, maar het hof bleef bij zijn afwijzende standpunt. Tijdens de procedure in hoger beroep werden getuigen gehoord. Uiteindelijk verklaarde het hof de opzettelijke invoer alsnog bewezen en veroordeelde Pelladoah bij verstek tot een gevangenisstraf van 9 jaar.

De beoordeling door de Hoge Raad van de zaak Pelladoah

In cassatie werd onder meer geklaagd over het feit dat het hof het feit dat hij in een ver land verbleef niet als ‘klemmende reden’ had aangemerkt. De Hoge Raad verwierp dat verweer, omdat de samenstelling van het hof na de eerste zitting, waar het hof de gewraakte beslissing had genomen, was gewijzigd en de einduitspraak dus niet mede op de eerste terechtzitting was gebaseerd.¹⁵⁶⁰

De beoordeling door het EHRM

Zowel Lala als Pelladoah wendde zich tot Straatsburg. Beider klacht richtte zich niet tegen de berechting in hun afwezigheid, maar tegen het feit dat hun raadsliden niet in de gelegenheid waren gesteld de verdediging te voeren.

Het Europese Hof maakte, zoals Knigge het in zijn noot onder Lala uitdrukte, ‘korte metten’ met de Nederlandse procesrechtelijke regel dat verdediging in geval van verstek (in beginsel) niet was toegestaan. Hoewel het voluit erkende dat staten er belang bij hebben dat de verdachte zijn proces bijwoont en om die reden daarop een zekere druk moeten kunnen uitoefenen, overwoog het dat het evenzeer van cruciaal belang is dat een verdachte in beide instanties adequaat wordt verdedigd, temeer nu in Nederland na een verstekveroordeling in hoger beroep daartegen geen

1557 Op deze zitting werd het onderzoek wegens gewijzigde samenstelling van het hof opnieuw aangevangen.

1558 Deze bepaling hield in dat de raadsman de verdachte kon vertegenwoordigen in zaken betreffende strafbare feiten waarop geen gevangenisstraf was gesteld.

1559 In het arrest van het hof staat vermeld ‘regarding the alternative’ charge, wat begrepen lijkt te moeten worden als ‘alternatieve tenlastelegging’, maar aangezien verderop in het arrest sprake blijkt van een ‘primary charge’ wordt er hier vanuit gegaan dat sprake was van een primaire en een subsidiaire tenlastelegging.

1560 De andere klacht betrof de afwijzing van het verzoek tot vertegenwoordiging (kennelijk een creatieve poging toch iets ten behoeve van de cliënt naar voren te kunnen brengen), maar (voor zover uit de weergave van de overwegingen van de Hoge Raad uit het arrest van het EHRM kan worden opgemaakt) de Hoge Raad deelde de opvatting van het hof dat hiervan geen sprake kon zijn omdat voor het primair ten laste gelegde een gevangenisstraf kon worden opgelegd.

bezwaar kan worden ingediend.¹⁵⁶¹ Het Hof oordeelde dat dit laatste belang groter is en dat de Nederlandse praktijk op dit punt in strijd was met artikel 6 lid 3 EVRM. De beslissing van de Hoge Raad dat de raadslieden expliciet hadden moeten verzoeken hun cliënt te mogen verdedigen¹⁵⁶² vond evenmin genade: dat vereiste was ‘unduly formalistic’. Van een raadsman die ter terechtzitting verschijnt, moet worden aangenomen dat hij dat doet om zijn cliënt te verdedigen.¹⁵⁶³

In zijn noot merkte Knigge op dat deze uitspraken van het EHRM na de uitspraak in de zaak Poitrimol van eind 1993 geen verrassing meer kon zijn.¹⁵⁶⁴ Daarvóór waren de meningen nog verdeeld. De (strafrecht)advocatuur deed ook lang vóór Poitrimol al menige poging de opvatting dat artikel 6 EVRM verdediging bij verstek garandeerde ingang te doen vinden,¹⁵⁶⁵ maar vond de rechterlijke macht daarbij in ieder geval niet aan haar zijde.

Beschouwing

Ook hier koos de Hoge Raad dus primair, en naar het oordeel van het EHRM ten onrechte, voor het belang van de Staat ten koste van dat van de verdachte, al nuanceerde hij dit in de ‘klemmende reden’-jurisprudentie, die vanaf 1980 is gaan gelden.¹⁵⁶⁶ In het geval van met name Pelladoah leidde de toepassing van dit criterium in feitelijke aanleg tot een zeer onbevredigend resultaat. Van de Hoge Raad had in dat geval op zijn minst mogen worden verwacht dat hij, waar hij het belang van de verdachte niet reeds op grond van artikel 6 EVRM zwaarder liet wegen, de onderzoeks- en motiveringsplicht van de feitenrechter omtrent het aanwezig zijn van ‘klemmende redenen’ had aangescherpt. Ten slotte is nog vermeldenswaard dat de (nog steeds vaste¹⁵⁶⁷) jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de noodzaak tot het herhalen van verweren na een nieuwe aanvang van de zaak voor de toetsbaarheid in cassatie, voor het Hof geen enkele rol speelt.

¹⁵⁶¹ Lees: geen verzet mogelijk is.

¹⁵⁶² In Pelladoah valt dat alleen impliciet te lezen: het verzoek was kennelijk op de nadere terechtzitting niet herhaald.

¹⁵⁶³ Ook in deze zaak moesten de klagers het voor wat betreft hun genoegdoening doen met de enkele constatering van het verzuim. Voor het Nederlandse strafprocesrecht waren deze arresten echter baanbrekend: de ‘klemmende reden’-jurisprudentie kwam tot een eind en enige tijd later werd de gemachtigd raadsman in het Wetboek van Strafvordering geïntroduceerd.

¹⁵⁶⁴ Die uitspraak dateerde van na de uitspraken van de Hoge Raad in de hier besproken zaken. De Hoge Raad had daarmee dus geen rekening kunnen houden.

¹⁵⁶⁵ Naar zeggen van G.E. Mulder (zie zijn noot onder NJ 1978, 226) was het de latere hoofdofficier Josephus Jitta die als advocaat dit onderwerp in 1970 voor het eerst had aangekaart en daarbij zowel de AG Langemeijer, als annotator Bronkhorst, maar niet de Hoge Raad, aan zijn zijde had gevonden (zie HR 23 november 1971, NJ 1972, 293). Zie voor latere pogingen bijvoorbeeld HR 26 maart 1985, NJ 1985, 634 en HR 14 november 1986, NJ 1987, 862 m.nt. ThWvV, waarin Spong de uitspraak van het EHRM in de zaak Colozza als argument aandroeg. Van Veen zag (evenmin als de AG Leijten in zijn conclusie) in de ‘klemmende reden’-jurisprudentie geen schending van art. 6 EVRM.

¹⁵⁶⁶ Zie HR 26 februari 1980, NJ 1980, 246 m.nt. A.L.M.

¹⁵⁶⁷ Alleen voor verzoeken en verweren op de voet van art. 322 lid 4 Sv geldt dat dit niet noodzakelijk is.

11.1.4 De zaak Van Mechelen – politiemensen als anonieme getuigen

De problematiek van de anonieme getuige dook weer op in de zaak Van Mechelen e.a.¹⁵⁶⁸ in 1997.¹⁵⁶⁹ Dit keer ging het om de nasleep van een overval op een postkantoor, waarbij politiemensen tijdens een heftige achtervolging door de vluchtende overvallers van dichtbij met automatische vuurwapens werden beschoten. Van Mechelen c.s. werden voor deze feiten vervolgd.

De procedure in feitelijke aanleg

Toen deze zaken in hoger beroep werden behandeld, werden de beschoten politiemensen bij de rechter-commissaris anoniem gehoord. Wel was het zo dat de rechter-commissaris hun identiteit kende en ook had hij zich een oordeel gevormd over hun betrouwbaarheid en daarvan verslag gedaan. Daarnaast had hij hen beëdigd. De verdediging was tijdens de ondervraging in een andere kamer aanwezig geweest, van waaruit zij via een geluidsverbinding vragen had kunnen stellen. Datzelfde gold overigens voor de advocaat-generaal.

Ter terechtzitting had de verdediging verzocht deze getuigen nogmaals te mogen ondervragen. Het hof wees het verzoek af, zeggend dat de verdediging de getuigen al een keer grondig had kunnen bevragen en dat het handhaven van hun anonimiteit in casu zwaar woog.

De beoordeling door de Hoge Raad

In de cassaties van Van Mechelen en zijn medeverdachte W. Venerius werden middelen¹⁵⁷⁰ gericht tegen de afwijzing van de getuigenverzoeken en tegen het feit dat het bewijs van de betrokkenheid van de verdachte slechts berustte op de verklaringen van twee anonieme getuigen, waarbij werd betrokken dat de ondervragingsmogelijkheden van de verdediging door de anonimiteit waren beperkt.

De Hoge Raad zag echter geen bewijsprobleem en wees op de verklaring van nog een derde anonieme getuige en de samenhang met het overige bewijsmateriaal.¹⁵⁷¹

Met betrekking tot het gebrek aan ondervragingsmogelijkheden overwoog de Hoge Raad onder meer dat het hof zijn afwijzing van de verzoeken tot het horen van de anonieme getuigen op twee gronden had gebaseerd, te weten ten eerste dat de verdediging daardoor niet in haar belangen was geschaad en ten tweede dat verschijning ter terechtzitting de kans op onthulling van hun identiteit meebracht en daarmee tevens een, door het hof kennelijk onaanvaardbaar geacht, gevaar voor de veiligheid van henzelf en hun gezinnen. De Hoge Raad oordeelde dat het hof hierbij telkens de juiste maatstaf had aangelegd.

1568 Er waren in Straatsburg vier klagers, naast Van Mechelen ook W. en J. Venerius en A.A. Pruijboom.

1569 Deze zaak werd hiervoor in dit deel ook al besproken in hoofdstuk 8, onder 8.4.1. Anonieme getuigen.

1570 Opgesteld door respectievelijk Spronken en Spong. De arresten in de zaken van de andere twee klagers zijn niet gepubliceerd.

1571 Beide: HR 9 juni 1992, NJ 1992, 772 en 773, beide m.nt. Knigge.

Met betrekking tot het gebruik van de betreffende verklaringen voor het bewijs nam hij in aanmerking dat het verhoor bij de rechter-commissaris met diverse waarborgen omgeven was geweest en dat het hof de verklaringen van de anoniemi zowel in onderling verband als in relatie tot het overige bewijs op betrouwbaarheid had beoordeeld. Dit vormde naar zijn oordeel voldoende tegenwicht tegen het nadeel dat de verdediging de anonieme getuigen niet ter terechtzitting had kunnen horen en maakte de verklaringen derhalve bruikbaar voor het bewijs. In de zaak van Van Mechelen voegde hij daar nog aan toe dat het feit dat een aantal vragen niet was beantwoord hier niet aan afdeed.

Knigge voorzag geen problemen op mensenrechtelijk terrein; hij merkte op dat het EHRM ruimte laat voor afweging van belangen van de verdachte tegen die van getuigen en zelfs tegen het opsporingsbelang bij het handhaven van anonimiteit.¹⁵⁷²

De beoordeling door het EHRM

De vier verdachten¹⁵⁷³ wendden zich tot het Straatsburgse Hof met een klacht over het gebruik van de verklaringen van anonieme getuigen voor het bewijs.

Het Europese Hof achtte de klacht gegrond.¹⁵⁷⁴ Met een verwijzing naar zijn arrest inzake Doorson¹⁵⁷⁵ stelde het voorop dat het gebruik van anonieme getuigen onder de Conventie niet per se ongeoorloofd is, mits er compensatie wordt geboden voor het nadeel dat daardoor voor de verdediging ontstaat en mits de veroordeling niet uitsluitend of in beslissende mate op anonieme verklaringen is gebaseerd.

Toegepast op de zaken van de klagers merkte het Hof op dat sprake is van ‘special problems’ als de anonieme getuigen, zoals in casu, politiemensen zijn. Het afleggen van een getuigenverklaring op een openbare terechtzitting behoort immers in beginsel tot hun werk, al verdienen ook hun belangen, en natuurlijk ook die van hun familie, bescherming als dat noodzakelijk is. Daarnaast kan hun anonimiteit van belang zijn in verband met hun inzetbaarheid in de toekomst. Inbreuken op de rechten van de verdediging moeten echter zo beperkt mogelijk blijven.

Tegen die achtergrond vond het Hof met name het feit dat de verdediging tijdens de ondervraging van de getuigen in een aparte kamer had moeten verblijven een te vergaande beperking, waarvan de noodzaak niet voldoende was uitgelegd. Ook stelde het vraagtekens bij de noodzaak van de anonimiteit. Het opsporingsbelang was naar zijn oordeel niet aan de orde, nu de politiemensen zich middels vermomming onherkenbaar hadden kunnen maken. Ook was het Hof er niet van overtuigd dat de anonimiteit noodzakelijk was ter afwending van eventueel gevaar,

¹⁵⁷² Knigge in de noot onder NJ 1992, 772.

¹⁵⁷³ In deze procedure bijgestaan door Spronken, Sjöcrona en Knoops.

¹⁵⁷⁴ EHRM 23 april 1997, NJ 1997, 635. De toen nog bestaande commissie overigens niet en het hof was ook niet unaniem: de stemverhouding was zes tegen drie.

¹⁵⁷⁵ *Doorson t. Nederland*, EHRM 26 maart 1996, NJ 1996, 741. In deze zaak bleek dat de Nederlandse regeling voor het horen van anonieme getuigen in zijn algemeenheid niet (volgens Knigge in zijn noot onder Van Mechelen: misschien net niet) in strijd met art. 6 wordt geacht.

nu één van de niet-anonieme burger-getuigen één van de verdachten in deze zaken had geïdentificeerd en kennelijk niet was bedreigd. Het feit dat de rechter-commissaris zich van de betrouwbaarheid van de getuigen had overtuigd, achtte het Hof voorts onvoldoende om de handicaps waarmee de verdediging was geconfronteerd te compenseren. Daar kwam nog eens bij dat de positieve herkenning van de verdachten als de daders uitsluitend op de verklaringen van anonieme politiemensen berustte en dat deze herkenningen de enige bewijsmiddelen waren waarop de betrokkenheid van Van Mechelen e.a. was gebaseerd. Het bewijs rustte dan ook ‘to a decisive extent’ op dez anonieme verklaringen. Het hof vond dan ook dat, het geheel overziende, geen sprake was geweest van een eerlijk proces.¹⁵⁷⁶

Dissenting opinions

Drie rechters waren het niet met deze beslissing eens en spraken van een grensgeval. Het toenmalige Nederlandse lid van het hof, Van Dijk, schreef een uitvoerige dissenting opinion, waarbij de andere twee dissenters¹⁵⁷⁷ zich aansloten.

Van Dijk zag te weinig verschil met de zaak Doorson om in deze zaak tot een andere beslissing te komen. Hij wees er met name op dat de anonieme getuigen mede door een onpartijdige rechter waren gehoord, die zich had ingespannen de nadelen voor de verdediging te compenseren. Bovendien had de verdediging de getuigen wel kunnen horen en ook zelf vragen mogen stellen. Het was wellicht wenselijker geweest dat de verdediging in dezelfde ruimte als de getuigen aanwezig had mogen zijn, maar dat betekende zijns inziens niet dat het hele proces door het ontbreken van die mogelijkheid als unfair kon worden bestempeld.

Hij herinnerde aan het feit dat naar vaste jurisprudentie van het EHRM vragen rond de waardering van het bewijs in het algemeen zijn voorbehouden aan de nationale rechter en stelde dat de nationale rechter ook beter dan het EHRM kan oordelen over de gevaren die in een concrete zaak verbonden zijn aan een persoonlijke verschijning van de getuigen ter terechtzitting. Hij vond dat het EHRM het oordeel van de betreffende nationale rechters daarover om die reden slechts marginaal zou moeten toetsen. Tenslotte wees hij erop dat de veroordelingen van de verzoekers misschien wel in beslissende mate, maar niet uitsluitend op deze verklaringen waren gebaseerd.

Knigge, die ook dit arrest annotateerde, vond de beslissing van het Hof verrassend, maar niet spectaculair, gezien het feit dat het ging om een grensgeval. Van belang vond hij het verschil in benadering tussen de Nederlandse en de Europese rechter waar het de betrouwbaarheid van verklaringen van politiemensen betreft. Waar in het Nederlandse rechtssysteem wordt uitgegaan van vertrouwen in ambtsedige verklaringen, wordt in Straatsburg de nadruk gelegd op het feit dat politiemensen

¹⁵⁷⁶ Het legde ook uit dat en waarom deze zaak afweek van de Doorson-zaak, waarin een vergelijkbare klacht ongegrond was verklaard. In die zaak was sprake van twee burgergetuigen, die de verdachte persoonlijk kenden en reden hadden voor geweld te vrezen. Voorts waren zij gehoord in aanwezigheid van de verdediging en berustte de positieve herkenning van de verdachte ook nog op bewijsmateriaal uit andere bron.

¹⁵⁷⁷ Het betrof de raadsheren Matscher en Valticos.

aan de kant van de vervolgende instantie staan en dus geen onpartijdige getuigen zijn. Daarin lijkt het Hof minder reden te zien hun toe te staan anoniem te getuigen. Bovendien heeft de Staat daar invloed op: zij kunnen immers opdracht krijgen op naam te getuigen.

Knigge besprak ook dat Rozemond en Schalken hadden gewezen op het feit dat de beperkingen van de cassatieprocedure het de Hoge Raad moeilijk, zo niet onmogelijk, maken dit soort schendingen te voorkomen. Knigge zelf achtte dat echter onvermijdelijk: overgaan tot een meer feitelijke toetsing zou lijden tot een enorme verzwaring van de werklust van de Hoge Raad en een onwenselijke doorkruising van het systeem van rechtsmiddelen. En dan nog zouden verschillen van inzicht tussen Raad en Hof kunnen blijven bestaan.

Beschouwing

Opnieuw was sprake van een pijnlijke constatering van een schending, waarbij de verschillen in benadering tussen de beide colleges opvallen. De Hoge Raad benaderde de kwestie als een typische cassatierechter. Hij wijdde geen woord aan de werkelijke beperkingen waarmee de verdediging te kampen had gehad. Het Europees Hof besteedde daaraan wel aandacht. De weergave in het arrest van het soort vragen dat niet werd beantwoord geeft daarvan blijk.¹⁵⁷⁸ Het lijkt exemplarisch voor genoemde verschillen. Waar de Hoge Raad op afstand toetst en (dus?) waarborgen vindt in het feit dat een rechter bij het proces betrokken is geweest en in wezen een deel van de verdedigingstaken heeft waargenomen, kijkt het Europese Hof (naar het lijkt) nieuwsgierig en gedetailleerd naar wat er nu werkelijk is gebeurd én of dat nu echt nodig was. Dat verschil in de manier van beoordelen leidde in dit geval tot een andere uitkomst van de afwegingen, waarbij moet worden aangetekend dat de meerderheid in het hof die tot schending besloot nipt was.

11.1.5 De zaak M.M. – afluisteren onder regie van de politie

Het opnemen van telefoongesprekken met de verdachte door een burger (zijn gespreksgenoot) onder regie van de politie was aan de orde in de zaak tegen M.M. en leidde uiteindelijk tot een veroordeling van Nederland door het EHRM in 2003.

Het vooronderzoek

M.M., een advocaat, werd door de vrouw van een van zijn cliënten beschuldigd van aanranding, maar zij durfde daarvan geen aangifte te doen uit angst dat het haar woord tegen het zijne zou zijn. De politie suggereerde haar – na overleg met de officier van justitie – opname-apparatuur op haar telefoon aan te sluiten, zodat ze eventuele gesprekken met hem zou kunnen opnemen. De benodigde apparatuur werd

¹⁵⁷⁸ Zo is in de statement of facts in het arrest opgenomen dat in het belang van het bewaken van de anonimiteit bijvoorbeeld vragen onbeantwoord waren gebleven die betrekking hadden op de plaats van waaruit de observaties waren gedaan en of gebruik was gemaakt van optische instrumenten en richtmicrofoons.

haar door de politie verstrekt en haar werd ten slotte nog de suggestie gedaan hoe zij het gesprek op het gewenste onderwerp kon brengen. Het resultaat van dit alles leidde inderdaad tot een strafzaak tegen deze M., die zich echter verweerde met de stelling dat aldus was gehandeld in strijd met (onder meer) artikel 8 EVRM.

De beoordeling door de Hoge Raad

De zaak bereikte de Hoge Raad voor het eerst in 1997.¹⁵⁷⁹ Het hof had in reactie op genoemd verweer geoordeeld dat de invloed van de politie bij het opnemen van de telefoongesprekken niet zodanig sturend was geweest dat sprake was van inmenging van enig openbaar gezag in de zin van het tweede lid van art. 8 EVRM. Naar Nederlands recht was voorts geen sprake van bevoegdheidsoverschrijding door de politie, zodat het beroep op bewijsuitsluiting evenmin doel trof.

De Hoge Raad kon zich daarin vinden. Hij oordeelde dat de politie de potentiële aangeefster slechts (technische) hulp had verleend terwijl zij, door daarvan gebruik te maken, geen strafbaar feit pleegde. Aldus was ook naar zijn oordeel geen sprake van inmenging in de hiervoor bedoelde zin. De Hoge Raad zag verder niet dat het recht op een eerlijk proces van de verdachte op enigerlei wijze in het geding zou zijn.

De beoordeling door het EHRM

M.M. nam met deze uitspraak geen genoegen en diende een klacht in bij het Europese Mensenrechtenhof.¹⁵⁸⁰ En met succes, althans voor wat betreft zijn klacht dat artikel 8 EVRM was geschonden.

Het Hof oordeelde¹⁵⁸¹ dat het initiatief tot het afluisteren toch bij de justitiële autoriteiten had gelegen en dat deze bij de uitvoering van een en ander ook een cruciale rol hadden gespeeld, dit alles ook nog eens in de uitvoering van hun ambtelijke taken.¹⁵⁸² Op die manier hadden die autoriteiten de verantwoordelijkheid voor wat er gebeurde overgenomen, oordeelde het Hof. Dat de aangeefster het allemaal op eigen houtje had kunnen doen was verder niet relevant, juist omdat het hier ging om de beoordeling van de ‘interference’ van de Staat. En dat zij uiteindelijk degene was die besliste om het middel al dan niet in te zetten was ook al geen argument. Integendeel: het aanvaarden van een dergelijke redenering zou de deur openzetten naar het omzeilen van bevoegdheidsbeperkingen door de inzet van particulieren. Dat op deze manier de inbreuk op de privacy niet ‘in accordance with the law’ was verlopen behoefde daarna natuurlijk nauwelijks meer betoog.

¹⁵⁷⁹ HR 18 februari 1997, NJ 1997, 500.

¹⁵⁸⁰ In deze procedure bijgestaan door E. Prakken.

¹⁵⁸¹ Met zes stemmen tegen een. De enige dissenter was rechter Palm, die in zijn opinion tot uiting bracht dat hij zich geheel kon vinden in de overwegingen en de beslissing van de Hoge Raad.

¹⁵⁸² EHRM 8 april 2003, EHCR 2003, 45 m.nt. Mols.

Mols, die deze uitspraak annoteerde, kon zich er wel in vinden. Hij wees erop dat de uitspraak in lijn lag met een eerdere uitspraak van het EHRM uit 1993, de zaak A. tegen Frankrijk.¹⁵⁸³

Beschouwing

Gelet op genoemde uitspraak in de zaak A. tegen Frankrijk zou gezegd kunnen worden dat de Hoge Raad beter had moeten weten.¹⁵⁸⁴

Vermeldenswaard is verder dat het EHRM het wel met de Hoge Raad eens was dat geen sprake was van schending van het recht op een eerlijk proces: de door M.M. eveneens ingediende klacht wegens schending van artikel 6 EVRM (onder meer wegens het gebruik van bewijsmateriaal dat als gevolg van de afgeluisterde telefoontjes werd verkregen) werd als ‘manifestly ill-founded’ niet-ontvankelijk verklaard.¹⁵⁸⁵

Hier lijken de beperkingen van de cassatie overigens niet van invloed te zijn geweest op het verschil in uitkomst tussen het oordeel van de Hoge Raad en dat van het Hof.

11.1.6 *De zaak Van Vondel – afluisteren onder regie van de Rijksrecherche*

Het vooronderzoek

In 2007 herhaalde het EHRM de uitspraak in de zaak M.M. (min of meer) in de zaak Van Vondel.¹⁵⁸⁶

Ook in deze zaak was sprake geweest van het afluisteren van klager, in dit geval Van Vondel, door een privé-persoon, ene R., ook wel bekend onder zijn alias ‘Sapman’. Van Vondel was in die tijd als politieman werkzaam voor de RCID Kennemerland en R. was een fabrikant die op verzoek van Van Vondel en een collega een sapfabriek had opgezet in Ecuador, naar werd vermoed met het doel een infrastructuur op te zetten om gecontroleerde doorlaatoperaties (van drugs) mogelijk te maken. Een en ander was echter geheel buiten de formele kanalen om gebeurd. R. had zich op zeker moment van Van Vondel afgekeerd en zich gewend tot de Nederlandse autoriteiten. In het kader van het Fort-onderzoek van de Rijksrecherche naar de handel en wandel van genoemde RCID werd hij gehoord en voorzien van afluisterapparatuur waarmee hij gesprekken tussen hem en Van Vondel (zowel via de telefoon als in persoon) opnam.

1583 *A. v. France*, 23 november 1993, series A-no. 277B, waarnaar ook in de uitspraak zelf wordt verwezen. Het hof zegt daar zelf over dat ook die zaak werd gekarakteriseerd door de politie ‘setting up a private individual to collect evidence’.

1584 Onzeker is of hij met *A. v. France* bekend was; dat blijkt in ieder geval niet uit zijn uitspraak.

1585 De zaak eindigde met het herzieningsarrest van de Hoge Raad van 27 september 2005, HR 2007, 453, waarin de Hoge Raad de aan M.M. opgelegde boete enigszins verminderde (van fl. 10.000 tot € 4.000). Hij wees de aanvraag tot niet-ontvankelijkverklaring van het OM af, waarbij hij wees op het feit dat geen sprake was geweest van schending van art. 6 EVRM (en dat ook het EHRM had overwogen dat er wel degelijk sprake was van een redelijk vermoeden van schuld) en op het feit dat de afgeluisterde telefoongesprekken niet voor het bewijs waren gebruikt.

1586 EHRM 25 oktober 2007, NJ 2008, 584 m.nt. Dommering.

De behandeling in feitelijke aanleg

Van Vondel werd vervolgd wegens het plegen van meened voor de Parlementaire Enquetecommissie Van Traa in 1996, omdat de verklaringen die hij voor die Commissie had afgelegd sterk afweken van hetgeen uit het Fort-onderzoek naar voren was gekomen. Hij werd terzake veroordeeld door zowel de rechtbank als het hof.

Bij het hof had hij ter verdediging onder meer aangevoerd dat het bewijs onrechtmatig was verkregen, omdat door het opnemen van de gesprekken inbreuk was gemaakt op zijn privacy en aldus artikel 8 EVRM was geschonden. Daartoe voerde hij aan dat de gesprekken heimelijk en stelselmatig waren opgenomen met het doel bezwarend materiaal tegen hem te vergaren. Het hof stelde vast dat vier telefoongesprekken en vier conversaties in persoon waren opgenomen. Doordat sprake was van tegenstrijdige verklaringen hierover was ongewis op wiens initiatief dat was gebeurd, maar wel was duidelijk dat de inhoud van één telefoongesprek tevoren uitvoerig door de recherche met R. was ingestudeerd.

Het hof verwierp het verweer uiteindelijk met zeer uitvoerige overwegingen.¹⁵⁸⁷ Die kwamen er in grote lijnen op neer dat de gesprekken van de zijde van Van Vondel voor wat betreft inhoud en karakter uitsluitend zakelijk waren en dat daarom zijn persoonlijke levenssfeer niet in het geding was. Ten overvloede overwoog het hof verder dat, op het ene ‘ingestudeerde’ geval na, geen sprake was geweest van inmenging van de overheid bij het opnemen, omdat het gebruik van de opname-apparatuur geheel was ingegeven door de behoefte van R. zijn eigen geloofwaardigheid te versterken. Van een verkapt opsporingsonderzoek was naar zijn oordeel geen sprake geweest.

De beoordeling door de Hoge Raad

In cassatie bestreed Van Vondel, verwijzend naar de rechtspraak van het EHRM, onder meer het oordeel dat het zakelijk karakter van de gesprekken zou betekenen dat ze niet onder de bescherming van artikel 8 EVRM zouden vallen. De Hoge Raad maakte aan dit onderwerp geen woorden vuil: in juli 2003 verwierp hij de klacht met toepassing van artikel 81 RO.¹⁵⁸⁸

Advocaat-generaal Machielse liet in het midden of hij het eens was met de conclusie die het hof aan het zakelijk karakter van de gesprekken had verbonden.¹⁵⁸⁹ Hij achtte het oordeel van het hof dat – op het ene ‘ingestudeerde’ geval na – geen sprake was geweest van inmenging van de overheid in het privéleven van Van Vondel niet onbegrijpelijk. Met betrekking tot het ingestudeerde gesprek merkte hij

¹⁵⁸⁷ Kenbaar uit de conclusie van de AG Machielse bij HR 8 juli 2003, die, voor wat betreft de bespreking van dit middel, niet is opgenomen in de publicatie van dit arrest in de NJ, maar wel in de versie die werd gepubliceerd op rechtspraak.nl: LJN: AF5456. Het betreft de bespreking van het vijfde middel onder 8.1 t/m 8.7.

¹⁵⁸⁸ HR 8 juli 2003, NJ 2003, 711. Enkele van de overige middelen werden overigens wel uitvoerig besproken, maar verworpen. Dat het vijfde middel op de voet van art. 81 RO werd afgedaan blijkt overigens ook niet uit het in de NJ gepubliceerde deel van het arrest, maar wel uit de versie die op rechtspraak.nl is gepubliceerd.

¹⁵⁸⁹ De middelen werden ingediend door Spong en I.J.K. van der Meer.

ten eerste op dat dit niet voor het bewijs was gebezigd en ten tweede dat, als het hof artikel 8 al verkeerd zou hebben uitgelegd, deze schending niet betekende dat de verdachte geen eerlijk proces had gehad.

De beoordeling door het EHRM

Het EHRM constateerde opnieuw een schending van artikel 8 EVRM.¹⁵⁹⁰ Het herhaalde onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie¹⁵⁹¹ dat het begrip ‘private life’ niet restrictief mag worden geïnterpreteerd en dat geen reden bestaat zakelijke of professionele activiteiten daarvan uit te sluiten.

Het overwoog voorts dat het af luisteren van gesprekken door een gesprekspartner in de context of ten behoeve van enig officieel onderzoek (of dat nu strafrechtelijk is of niet) iets heel anders is dan het af luisteren door een gesprekspartner wanneer dat niet het geval is. Het oordeelde voorts dat, nu in dit geval de opname-apparatuur door de autoriteiten aan R. ter beschikking was gesteld en hij in ten minste één geval specifieke instructies had gekregen ten aanzien van de te verzamelen informatie, de autoriteiten een cruciale bijdrage hadden geleverd aan de uitvoering van het plan. Aldus onderging de zaak Van Vondel hetzelfde lot als de zaak M.M.

Vermeldenswaard is nog dat de Nederlandse rechter in het hof, Egbert Myjer een concurring opinion schreef waarin hij uiteenzette dat hij het, anders dan in de zaak M.M., ten tijde waarvan hij nog geen deel van het EHRM uitmaakte, nu wel met de beslissing eens was, omdat zijns inziens in de onderhavige zaak (anders dan in de zaak M.M.) geen twijfel bestond dat het hier om een actieve benadering van de klager ging door iemand die door de autoriteiten van af luisterapparatuur was voorzien en van deze autoriteiten tenminste in één geval specifieke instructies had ontvangen.

Beschouwing

Opmerkelijk is dat het EHRM in de zaak van M.M. uitspraak deed in april 2003, dus enkele maanden voor deze uitspraak van de Hoge Raad. Waar Machielse in de zaak Van Vondel concludeerde in februari 2003 en deze uitspraak ten tijde van nemen van zijn conclusie dus nog niet kon kennen (evenmin als Spong, de raadsman van Van Vondel, ten tijde van het indienen van de zijn schriftuur uiteraard), kon de Hoge Raad dat wel bij het bepalen van zijn uitspraak en mag ervan worden uitgaan dat hij die ook daadwerkelijk kende. Desalniettemin achtte hij het kennelijk niet opportuun de kwestie inhoudelijk te bespreken.

Gezegd kan worden dat zeker in dit tweede geval de Hoge Raad de plank lelijk missloeg, niet alleen omdat hij relevante jurisprudentie van het EHRM negeerde, maar ook omdat hij een ook in cassatie relevante klacht niet eens besprak.¹⁵⁹²

¹⁵⁹⁰ Dit maal was de beslissing unaniem.

¹⁵⁹¹ Onder meer de zaak *Niemietz v. Duitsland* van 16 december 1992.

¹⁵⁹² Deze zaak is daarmee ook een voorbeeld van onterechte toepassing van de verkorte motivering.

11.1.7 *De zaak Doerga – afluisteren in detentie*

Het afluisteren van telefoongesprekken was ook aan de orde in de zaak Doerga en leidde tot een arrest van het EHRM in 2004.

Het vooronderzoek

Gesprekken die Doerga in 1995 vanuit de penitentiaire inrichting ‘De Marwei’ had gevoerd waren opgenomen in het kader van een onderzoek in verband met de veiligheid binnen de inrichting, maar werden ongeveer acht maanden later door de politie opgevraagd in verband met de inmiddels ontstane verdenking dat Doerga betrokken was bij een bomaanslag. En inderdaad bleek zich tussen de getapte gesprekken een gesprek te bevinden dat bruikbaar was voor het bewijs daarvan. Dit gesprek werd dan ook als bewijsmiddel tegen Doerga gebezigd door het hof.

De beoordeling door de Hoge Raad

In cassatie werd hierover geklaagd, waarbij onder meer werd gesteld dat de artikelen 6 en 8 EVRM waren geschonden. Op grond van de destijds bestaande regeling voor het afluisteren van vanuit de inrichting door gedetineerden gevoerde gesprekken zou niet de bevoegdheid hebben bestaan voor het onderhavige (ten behoeve van de opsporing) afluisteren van de betreffende gesprekken en (vooral) niet voor het lange bewaren daarvan. Daarnaast werd aangevoerd dat die regeling zelf te vaag was.¹⁵⁹³

De Hoge Raad zag echter geen inbreuk op artikel 8 EVRM.¹⁵⁹⁴ Hij toetste eerst het oordeel van het hof, dat rechtstreeks getoetst had aan artikel 8 EVRM. Hij kwam tot het oordeel dat het hof de juiste maatstaf had gehanteerd en dat zijn oordeel deels feitelijk en niet onbegrijpelijk was. Vervolgens stelde hij dat het opnemen bij wet was voorzien, in het bijzonder door een huisregel van de directeur van ‘De Marwei’, die was gebaseerd op een circulaire van de Staatssecretaris van Justitie en de toenmalige Gevangenismaatregel. De Hoge Raad was van oordeel dat aldus was voldaan aan de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid ex artikel 8 EVRM, nu de belangrijkste bestanddelen daarvan waren gepubliceerd in algemeen toegankelijke bronnen of op een voor gedetineerden toegankelijke plaats waren gedeponeerd. Die informatie verschaft gedetineerden in voldoende mate duidelijkheid dat – en met het oog waarop – telefoongesprekken konden worden afgeluisterd en opgenomen.

Daarna behandelde hij de interpretatie van het in de betreffende huisregel opgenomen vereiste dat opgenomen telefoongesprekken direct dienden te worden gewist. Hij overwoog dat deze regel bezwaarlijk anders kon worden uitgelegd dan dat aan die verplichting moest worden voldaan zodra een eind was gekomen aan het gevaar in verband waarmee werd afgeluisterd. Het hof had hieromtrent vastgesteld dat de opnamen waren bewaard om in een voorkomend geval vast te kunnen stellen

¹⁵⁹³ De cassatiemiddelen werden ingediend door P.C.M. van Schijndel.

¹⁵⁹⁴ HR 2 maart 1999, NJ 1999, 576 m.nt. Mevis.

of de verdachte weer betrokken zou zijn bij het doen van valse meldingen¹⁵⁹⁵ (van welk feit hij eerder werd verdacht), zodat het bewaren geschiedde met het oog op het gevaar waarvoor ook was afgeluisterd. De Hoge Raad vond dat oordeel niet onbegrijpelijk.

Het opnemen noch het bewaren achtte de Hoge Raad dus onrechtmatig, wat weer leidde tot het eindoordeel dat het uitleveren van die gesprekken aan de officier van justitie, toen een verdenking was ontstaan, evenmin onrechtmatig was.

De beoordeling door het EHRM

Het Europese Hof, waar Doerga onder meer klaagde over schending van artikel 8 EVRM, stelde voorop dat niet in dispuut was dat sprake was van een inbreuk op artikel 8, lid 1 EVRM en toetste vervolgens of was voldaan aan de vereisten van het tweede lid van deze bepaling.¹⁵⁹⁶ Het legde daarbij in eerdere zaken¹⁵⁹⁷ geformuleerde maatstaven aan, die toen echter geen betrekking hadden op gedetineerden. Daarbij overwoog het Hof dat weliswaar de normale en redelijke vereisten van detentie meebrengen dat het nodig kan zijn de contacten van gedetineerden met de buitenwereld, waaronder die per telefoon, te monitoren, maar dat ook dan toch de regels waaronder dat gebeurt duidelijk moeten zijn.

Het Hof vond dat dit niet het geval was met de Nederlandse regeling: het viel over de vaagheid daarvan en oordeelde dat, hoewel het op gezag van de Hoge Raad aanvaardde dat het af luisteren in een penitentiaire inrichting een wettelijke basis had, deze wettelijke basis onvoldoende duidelijk en gedetailleerd was om gedetineerden naar behoren te beschermen tegen willekeurige inbreuken op hun recht op het respecteren van hun privéleven en -correspondentie.¹⁵⁹⁸ Het Hof baseerde dit oordeel op het feit dat de toepasselijke regelingen noch concrete regels bevatten waaruit kon worden afgeleid onder welke omstandigheden gesprekken konden worden afgeluisterd, opgenomen en bewaard, noch regels met betrekking tot de daarbij te volgen procedures. Ter illustratie wees het erop dat de nationale rechters het voorschrift dat de opgenomen gesprekken onmiddellijk moesten worden gewist, aldus uitlegden dat deze opnames mochten worden bewaard zolang het gevaar dat aanleiding voor het opnemen daarvan was geweest bleef bestaan, hetgeen in het onderhavige geval neerkwam op een periode van meer dan acht maanden.

Mevis wijdde in zijn noot interessante observaties aan de verschillen in rechtscultuur die naar zijn mening ten grondslag lagen aan de verschillende uitkomsten van de beoordelingen door respectievelijk de Hoge Raad en het Straatsburgse hof. Hij weet dit aan 'een verschil in de beperkingssystematiek van grondrechten in de detentiesituatie in het nationale recht enerzijds en in het EVRM, respectievelijk door het EHRM, anderzijds', maar ook aan een meer algemeen verschil tussen de Nederlandse en de Straatsburgse rechtscultuur. Hij stelde (kort

1595 Daarmee las de Hoge Raad welwillend, nu het hof, zoals de AG Fokkens opmerkte, aan zijn oordeel meerdere overwegingen ten grondslag had gelegd die niet met elkaar te rijmen waren.

1596 EHRM 27 april 2004, NJ 2004, 651 m.nt. Mevis.

1597 Te weten Kruslin en Huvig, beiden tegen Frankrijk.

1598 Het oordeel was unaniem.

gezegd) dat in de Nederlandse rechtscultuur de effectuering van grondrechten geschiedt via het politieke compromis en niet zozeer langs de juridische weg, wat leidt tot rechterlijke terughoudendheid bij de actieve hantering daarvan.

Met betrekking tot het specifieke geval van de detentiesituatie wees Mevis voorts op artikel 15, lid 4 Grondwet, dat een beperking van grondrechten van gedetineerden legitimeert voorzover de uitoefening van die rechten zich niet met de vrijheidsontneming verdraagt. Hij zag die bepaling als nog een stapje verder in de algemene lijn die het Nederlandse grondrechtenrecht beheerst en als belangrijke verklaring voor de vage criteria die in casu van toepassing waren. Het EHRM daarentegen toetst niet aan de Grondwet, maar aan artikel 8 EVRM, en verdisconteert de detentie als een factor die het tweede lid van deze bepaling mede bepaalt.

Vermelding verdient nog dat, naar uit Mevis' noot blijkt, Doerga niet-ontvankelijk was verklaard in zijn klacht tegen het gebruik van een van de opgenomen gesprekken voor het bewijs, naar mag worden aangenomen een klacht op de voet van artikel 6 EVRM.

Beschouwing

Ook hier valt weer op hoezeer de Hoge Raad de kwestie sterk formeel benadert, bijna via een juridische fictie, terwijl de redenering van het EHRM veel meer aanspreekt door de heldere en bijna simpele logica daarvan. De gegeven illustratie is inderdaad treffend: zal de gemiddelde gedetineerde begrijpen dat onder 'onmiddellijke vernietiging' kan worden verstaan dat zijn gesprek maanden, zo niet jaren,¹⁵⁹⁹ kan worden bewaard?

11.1.8 *De zaak Visser – anonieme getuige*

In 2002 verklaarde het EHRM in de zaak Visser opnieuw een klacht tegen Nederland gegrond wegens een veroordeling op basis van de verklaring van een anonieme getuige.¹⁶⁰⁰

De casus

Visser en zijn medeverdachte werden verdacht van wederrechtelijke vrijheidsberoving en bedreiging van een zekere A. Het zou gaan om een wraakactie. A. (her)kende de verdachten niet. Slechts één getuige herkende hen wel van foto's als twee van de drie mannen die op de avond van de ontvoering naar A. op zoek waren. De betreffende getuige wilde uit angst voor represailles anoniem blijven, welk probleem de politie oploste door de herkenning op te nemen in een proces-verbaal van relaas.

¹⁵⁹⁹ Als immers het bewaren geschiedt om in de toekomst te kunnen nagaan of betrokkene zich opnieuw aan iets schuldig zal maken, kan men zich in gemoede afvragen of de vernietiging dan niet pas aan het eind van de detentie aan de orde zal zijn.

¹⁶⁰⁰ EHRM 14 februari 2002, NJ 2002, 378 m.nt. Sch. Ook deze zaak werd al besproken in hoofdstuk 8, onder 4.1 Anonieme getuigen. De beslissing van het Hof was unaniem.

Het hof veroordeelde de verdachte mede op basis van dit proces-verbaal van relaas. De herkenning van de verdachte in dat proces-verbaal was het enige bewijsmiddel waaruit de betrokkenheid van de verdachte kon volgen en was dus cruciaal voor de veroordelingen die volgden.

De beoordeling door de Hoge Raad

De Hoge Raad behandelde de zaak twee keer. De eerste keer vernietigde hij het arrest van het hof, omdat niet was voldaan aan de door hem in 1990 geformuleerde eisen voor het gebruik van anonieme verklaringen voor het bewijs,¹⁶⁰¹ terwijl op die eisen geen uitzondering kon worden gemaakt omdat de bewezenverklaring evenmin in belangrijke mate steunde op andere, niet-anonieme bron.¹⁶⁰²

Na de verwijzing werd de anonieme getuige door een rechter-commissaris gehoord. Visser werd na deze exercitie opnieuw veroordeeld en ging opnieuw in cassatie. Dit keer was het eerdere gebrek dus opgeheven en stuitte de veroordeling niet meer op problemen. De Hoge Raad achtte de beslissing van de rechter-commissaris dat de anonimiteit van de getuige gerechtvaardigd was, gelet op de door deze vastgestelde feiten, voorts niet onjuist of onbegrijpelijk.¹⁶⁰³

De beoordeling door het EHRM

Visser beklagde zich in er Straatsburg over dat artikel 6 EVRM was geschonden door het gebruik van deze anonieme verklaring voor het bewijs. Zijn bezwaar gold ten eerste de wijze waarop de anonieme getuige was gehoord en ten tweede het feit dat het bewijs vrijwel uitsluitend op deze verklaring berustte.¹⁶⁰⁴

Het Europese Hof stelde eerst weer uitvoerig de feiten vast. Daaruit is ten eerste te lezen dat de politie in deze zaak veel moeite had gehad getuigen te vinden, omdat vrijwel niemand van Vissers bekenden tegen hem of zijn vrienden durfden te verklaren. De anonieme getuige in deze zaak was dus de enige. Zijn¹⁶⁰⁵ identiteit was wel bekend geworden aan de rechter-commissaris, die hem onder ede had gehoord. Deze had in het proces-verbaal van het verhoor opgenomen waarom de getuige bang was¹⁶⁰⁶ en de opgegeven redenen geaccepteerd als voldoende

1601 In zijn arrest van 2 juli 1990, NJ 1990, 692 het eerste arrest na Kostovski, had de Hoge Raad een nieuwe maatstaf geformuleerd voor de bruikbaarheid van anonieme verklaringen. Deze werd in 2004 in grote lijnen gecodificeerd in de Wet Getuigenbescherming.

1602 HR 14 september 1992, NJ 1993, 54 m.nt. ThWvV. De AG Meijers had overigens geconcludeerd tot verwerping van het beroep, omdat de verdediging in feitelijke aanleg niet om het horen van deze getuige had verzocht noch naar zijn naam hadden gevraagd.

1603 HR 7 juni 1994, dus (anders dan Schalken in zijn noot onder het EHRM-arrest inzake Visser opmerkt) na de inwerkingtreding van de Wet getuigenbescherming. Dit arrest is niet gepubliceerd, maar de beslissing en de motivering ervan zijn uit de 'circumstances of the case' in het op Hudoc gepubliceerde volledige arrest van het EHRM kenbaar.

1604 Hij werd bijgestaan door H.H. Rieske.

1605 Of de getuige inderdaad een man was, is onbekend. Voor het gemak worden hier alleen de mannelijke voornaamwoorden gehanteerd.

1606 Hij bleek met name beducht voor de gewelddadige reputatie van één van de medeverdachten en had erop gewezen dat het feit waarvan Visser werd verdacht een soort wraakactie was geweest. Daarnaast bleek, na vragen van de raadsman, dat hij nog meer redenen aan de rechter-commissaris

legitimatie voor zijn anonimiteit. Verder had hij in het proces-verbaal opgenomen dat hij de getuige, gelet op de consistentie van diens verklaringen, betrouwbaar achtte. Visser's raadsman had aan de rechter-commissaris vragen voor de getuige overhandigd en was ten tijde van diens verhoor in een andere kamer aanwezig geweest, van waar hij echter het verhoor niet kon volgen. De rechter-commissaris had hem twee maal de op schrift gestelde antwoorden van de getuige laten lezen, waarna de raadsman aanvullende vragen had mogen formuleren, die vervolgens door de rechter-commissaris aan de getuige waren gesteld. Het hof dat de zaak vervolgens behandelde, liet zich niet meer uit over de betrouwbaarheid van de getuige, of over de gerechtvaardigdheid van diens wens om anoniem te blijven (dat was immers aan de rechter-commissaris) en veroordeelde Visser op grond van hetzelfde bewijs als wat ook het eerdere hof had gebruikt, met als enig verschil dat nu niet de politie-verklaring van de anonieme getuige, maar diens verklaring ten overstaan van de rechter-commissaris werd gebruikt. Visser, die ook van deze veroordeling cassatieberoep aantekende, had zich bij de Hoge Raad onder meer beklagd over het feit dat er onvoldoende redenen waren voor anonimiteit, maar zijn klachten waren als gezegd verworpen.

Het Hof constateerde dat de anonieme getuige, voorzover af te leiden uit het proces-verbaal van de rechter-commissaris, Visser niet persoonlijk kende maar bang was voor represailles op grond van de reputatie van de medeverdachte en het feit waarvan Visser nu werd verdacht. Het constateerde voorts dat uit dit proces-verbaal niet bleek of, en zo ja hoe, de rechter-commissaris had onderzocht of deze persoonlijke vrees wel gegrond was, zowel ten tijde van het afleggen van de oorspronkelijke verklaring, als zes jaar later ten tijde van het afleggen van de verklaring aan hem. Het hof had dat daarna evenmin gedaan.

Het Hof oordeelde dat het belang van de getuige bij zijn anonimiteit aldus onvoldoende zwaar woog om de door de verdediging ondervonden belemmeringen te rechtvaardigen en besprak om die reden niet eens de vraag of de verdediging voor die belemmeringen voldoende compensatie was geboden. Het oordeelde voorts dat de veroordeling in beslissende mate steunde op deze verklaring en kwam tot de eindconclusie dat artikel 6 EVRM was geschonden.

In zijn noot onder het arrest van het EHRM wees Schalken opnieuw¹⁶⁰⁷ op de steeds verdergaande zeer feitelijke toetsing door het EHRM, met name in bewijsrechtelijke kwesties in relatie tot anonieme getuigen. Hij vroeg zich af hoe lang de Hoge Raad zijn distantie ten opzichte van de feiten kon blijven handhaven: 'De sterk casuïstische benadering van het Europese Hof leidt onvermijdelijk tot uitholling van ons cassatiesysteem. Sluipenderwijs.'

had opgegeven, welke echter niet in het proces-verbaal waren opgenomen omdat dat ertoe zou kunnen leiden dat de identiteit van de getuige daaruit zou kunnen worden afgeleid.

1607 Zoals hij, samen met Rozemond, al eerder had gedaan in reactie op het Van Mechelen-arrest (zie hierboven).

Beschouwing

Het is in dit geval maar de vraag of de cassatietechniek een strengere toetsing verhinderde. De Hoge Raad had immers, in het kader van zijn gebruikelijke marginale toets, de beslissing van het hof onvoldoende gemotiveerd kunnen achten, mede gelet op het inderdaad lange tijdsverloop sinds het gebeurde en het verhoor van de getuige. Ook het feit dat de angst van de getuige niet de verdachte persoonlijk betrof, had daarin een rol kunnen spelen. Een dergelijke beslissing zou echter misschien beter passen in de huidige, dan in de toenmalige motiveringscultuur. Wat daarvan zij: ook hier bleek weer dat de Hoge Raad het gebruik van anonieme getuigenverklaringen te gemakkelijk accepteerde. Keer op keer heeft het EHRM Nederland moeten inprenten dat zeer strenge eisen moeten worden gesteld aan het toelaten van anonieme getuigen in het strafproces. Om reden van de betrouwbaarheid van de uitkomst daarvan is het ook van belang dat het gebruiken van de verklaringen van dergelijke getuigen tot een minimum beperkt blijft. Aangenomen mag worden dat de Hoge Raad, die zijn jurisprudentie naar aanleiding van de eerdere beslissingen van het Hof had aangepast, niet had verwacht opnieuw te worden gecorrigeerd, met andere woorden: wel met de jurisprudentie van het EHRM rekening had gehouden bij het nemen van zijn beslissing. Opnieuw zal hier waarschijnlijk de Nederlandse inquisitoire procescultuur een rol hebben gespeeld: een rechter had zich van de redenen voor de anonimiteit vergewist en die redenen gewogen en zwaar genoeg bevonden. Dat pleegt voor de Hoge Raad zwaar te wegen. Materieel bekeken nam hij echter genoeg met bewijs dat in doorslaggevende mate gebaseerd was op de verklaring van een aan de verdediging onbekend gebleven getuige die, voor zover bekend, slechts op abstracte gronden voor zijn veiligheid vreesde. Aldus schoot hij hier tekort in zijn rechtsbeschermende taak.

11.1.9 *De zaak Marpa Zeeland BV en Metal Welding BV – toegang tot de rechter en de redelijke termijn*

De behandeling in hoger beroep

Een bizar geval deed zich voor in de zaken Marpa Zeeland BV en Metal Welding BV (verder ook: de BV's). Deze bedrijven werden, evenals hun directeur Wouterse, vervolgd en door de rechtbank veroordeeld terzake van valsheid in geschrifte.

Klagers kwamen van deze veroordeling in hoger beroep en het openbaar ministerie volgde, maar enkele dagen voor de inhoudelijke behandeling door het hof trok de procureur-generaal bij het hof de beroepen namens het openbaar ministerie in en nam hij het initiatief tot onderhandelingen met de verdachten en hun raadsman over de intrekking van hun beroepen. Uit de noot van 't Hart bij het arrest van de Hoge Raad dat uiteindelijk volgde,¹⁶⁰⁸ blijkt dat de reden hiervoor was gelegen in door de procureur-generaal aangevraagde rapportage over de persoon van Wouterse, op grond waarvan hij van mening was dat de hem door de rechtbank opgelegde

¹⁶⁰⁸ HR 22 september 1998, NJ 1999, 105 m.nt. 't Hart onder NJ 1999, 106.

gevangenisstraf niet moest worden geëxecuteerd. Met Wouterse en zijn raadsman werd, vlak voordat de zitting in hoger beroep zou beginnen, afgesproken dat alle appellens zouden worden ingetrokken, waarna de procureur-generaal positief zou adviseren omtrent gratieverlening. Bij de aanvang van de zitting deelde de verdachte dan ook mee dat hij de beroepen niet wilde doorzetten, waarbij het hof zich neerlegde. Na deze intrekkingen bleek echter dat de procureur-generaal had bedoeld dat hij alleen positief zou adviseren ten aanzien van het verzoek van Wouterse, maar niet ten aanzien van de verzoeken van de BV's, terwijl Wouterse meende dat de afspraak was dat in alle drie de zaken gegratieerd zou worden. Hij stelde ook niet begrepen te hebben dat het niet de procureur-generaal was die daarover besliste.

Toen geruime tijd later de gratieverzoeken van de BV's werden afgewezen en de beslissing op het verzoek van Wouterse op zich liet wachten, stelde de raadsman opnieuw hoger beroep in voor de BV's.¹⁶⁰⁹ Het hof achtte hen ontvankelijk: het beschouwde de intrekking van de beroepen van de BV's als ongeldig en de nieuwe appellens als een prolongatie van de eerdere. Het overwoog dat aannemelijk was dat Wouterse overrompeld was geweest door de gang van zaken en dat hij erop had mogen vertrouwen dat de intrekking van alle appellens voor hem tot een gunstige uitkomst zou leiden. Uit de overwegingen van het hof¹⁶¹⁰ werd duidelijk dat het de actie van de procureur-generaal op zijn zachtst gezegd niet kon waarden: het wees erop dat Wouterse en de BV's belang hadden bij hun appel, nu de rapportage over Wouterse uiteraard ook door het hof bij de beoordeling zou zijn betrokken. Daarentegen bestond het risico dat de gratieverzoeken zouden worden afgewezen, wat in het geval van de BV's ook was gebeurd. Wouterse was volgens het hof dan ook op oneigenlijke gronden tot het intrekken bewogen en daardoor in zijn redelijke belangen geschaad. Het hof verklaarde vervolgens het openbaar ministerie niet-ontvankelijk wegens schending van de redelijke termijn.

De beoordeling door de Hoge Raad

De procureur-generaal tekende daarop cassatie aan, welk beroep slaagde. In overeenstemming met het advies van de advocaat-generaal Van Dorst oordeelde de Hoge Raad kortweg dat het opnieuw instellen van hoger beroep na een eerdere intrekking daarvan, gelet op het gesloten systeem van rechtsmiddelen, niet mogelijk is.

Van Dorst betoogde in zijn conclusie dat van het oneigenlijk bewegen tot intrekking van het hoger beroep (extreme gevallen daargelaten) alleen sprake kan zijn als de verdachte verschoonbaar heeft gedwaald. Hij was van oordeel dat daarvan in dit geval geen sprake was, nu het hof niet had vastgesteld dat de procureur-generaal de gestelde toezegging ten aanzien van het gratieverzoek van de BV's had gedaan en de verdachte door een raadsman werd bijgestaan.¹⁶¹¹

¹⁶⁰⁹ Het beroep dat t.b.v. Wouterse werd ingesteld werd weer ingetrokken toen bleek dat zijn gevangenisstraf werd omgezet naar een taakstraf.

¹⁶¹⁰ De overwegingen van het hof terzake zijn geciteerd in het arrest van het EHRM.

¹⁶¹¹ De procureur-generaal had ter terechtzitting in hoger beroep gesteld dat hij wel gezegd had dat ook die beroepen beter konden worden ingetrokken, nu er 'bij de BV's toch niets meer te halen viel', omdat deze failliet zouden zijn.

Annotator 't Hart reageerde instemmend op de uitspraak. Hij wees erop dat het strafprocesrecht een sterk formeel rechtsgebied is en dat de formele kaders niet dan met groot risico op ellende kunnen worden verlaten. Hij vond de beslissing van het hof eigenlijk onbegrijpelijk, nu niet werd ingegaan op de rol van de raadsman en bovendien werd afgeweken van het eerdere advies van hetzelfde hof om de gratieverzoeken van de BV's af te wijzen.¹⁶¹² Hij merkte het eindoordeel van het hof aan als een arrest 'met een hoog kadi-gehalte', waarvan het zijns inziens nauwelijks gehoopt kon hebben dat het in cassatie in stand zou blijven.

De beoordeling door het EHRM

De BV's klaagden in Straatsburg¹⁶¹³ dat hun recht op een eerlijk proces was geschonden. Zij beriepen zich onder meer op artikel 6, eerste lid, EVRM. Daarnaast klaagden zij over schending van de redelijke termijn.

Het EHRM deed de eerste klacht ook kort af, zij het met een uitvoeriger motivering dan de Hoge Raad – en met een andere uitkomst.¹⁶¹⁴ Het leidde uit de overwegingen van het (Bossche) hof af dat de BV's door de advocaat-generaal waren overgehaald hun appellen 'on improper grounds' in te trekken en stelde vast dat dit onherstelbaar was. Het trok hieruit de conclusie dat daardoor het recht van de BV's op toegang tot de rechter in hoger beroep was geschonden.

Ook oordeelde het Hof dat sprake was van een schending van de redelijke termijn, nu de totale procedure tegen de verdachten, gerekend vanaf het moment waarop doorzoekingen en inbeslagname had plaatsgevonden, zes jaar, negen maanden en veertien dagen had belopen.¹⁶¹⁵ Het wees daarbij met name op het feit dat tussen de inbeslagname en de eerste zitting bij de rechtbank een periode van drie jaar en drie maanden was verstreken en dat nadien nog twee maal sprake was geweest van periodes van 'inactivity' van in totaal meer dan een jaar.

Beschouwing

Hier lijkt een verschil in benadering van de feiten (en mogelijk ook een gebrek aan verweer in cassatie¹⁶¹⁶) invloed te hebben gehad op de einduitkomst van de eerste klacht. Niet blijkt dat in de nationale procedure de notie van een 'fair trial' enige rol heeft gespeeld, waarschijnlijk omdat daarop geen beroep werd gedaan. De gedachte van een schending van artikel 6 EVRM zal mogelijk ook niet bij de Hoge Raad opgekomen zijn vanwege het feit dat de verdachte op het moment van het intrekken van de appellen werd bijgestaan door een raadsman en aldus niet geacht mocht worden door de advocaat-generaal overdonderd te zijn geweest.

1612 Uit de noot blijkt dat de PG zich bij het Ministerie van Justitie had ingespannen om niet alleen zelf te worden gehoord, maar ook om het hof mede omtrent het verzoek te laten adviseren, wat ook was gebeurd.

1613 Bijgestaan door J.C.M. Nuijten.

1614 *Marpa Zeeland BV en Metal Welding BV t. Nederland*, EHRM 9 november 2004, appl. nr. 46300/49. De uitspraak is niet gepubliceerd in de NJ. Ook deze beslissing was weer unaniem.

1615 Daarin was de periode waarin de appellen ingetrokken waren geweest niet opgenomen.

1616 Hoewel de BV's in cassatie wel vertegenwoordigd werden, blijkt niet dat de middelen van de procureur-generaal zijn tegengesproken.

Het EHRM vond echter kennelijk, mede op gezag van het hof, het initiatief van de advocaat-generaal bij het hof zo ongepast dat het geen woorden wijdde aan de rol van de raadsman.¹⁶¹⁷

Het feit dat het EHRM de procureur-generaal, meer dan de Hoge Raad dat pleegt te doen, als een ‘tegenpartij’ van de verdachte beschouwd, zal mogelijk mede een rol hebben gespeeld bij de harde kwalificatie van een handeling die waarschijnlijk juist (mede¹⁶¹⁸) door het belang van de medeverdachte Wouterse ingegeven zal zijn geweest. De gang van zaken toont maar weer eens aan hoezeer het afwijken van de gebaande strafvorderlijke paden helaas tot misverstanden en ongelukken kan leiden, zoals ook ’t Hart al zei.

Achteraf kan worden geconcludeerd dat het Bossche hof de verantwoordelijkheid nam voor een creatieve, naar Nederlands strafprocesrecht onhoudbare, maar rechtvaardige uitkomst van het proces, gezien vanuit het perspectief van de rechtsbescherming. Het zou mooi geweest zijn als dat de einduitspraak was geweest. Maar voor de Hoge Raad was het in stand laten van deze beslissing in lijnrechte tegenspraak met zijn vaste jurisprudentie en Van Dorst moet worden toegegeven dat verschoonbare dwaling daarvoor onvoldoende aannemelijk was. Een oplossing zou zijn geweest ook een schending van het recht op toegang tot de rechter door politie of justitie de geslotenheid van het systeem van rechtsmiddelen te laten doorkruisen. Dat was de Hoge Raad echter kennelijk een brug te ver. Mogelijk was hij het ook materieel met die beslissing niet eens.

11.1.10 *De zaak Bocos Cuesta – minderjarige slachtoffers als getuigen*

In de zaak Bocos Cuesta slaagde een klacht wegens schending van artikel 6 EVRM en weer ging het over het (niet) horen van getuigen.¹⁶¹⁹ Dit keer betrof het geen anonieme getuigen, maar jonge kinderen die slachtoffer geworden waren van aanranding.

*Het vooronderzoek*¹⁶²⁰

De slachtoffers in deze zaak waren vier jongens van respectievelijk 10, 6, 9 en 11 jaar (A, B, C en D), die op straat door een man waren betast en na een spiegelconfrontatie verklaarden de verdachte als die man te herkennen. De verdachte was (kennelijk buiten heterdaad) aangehouden op grond van de beschrijvingen van de moeders van de jongens A en B, die de ontuchtpleger echter niet zelf hadden gezien. Voorts was een verklaring afgelegd door een tante van jongen B, die door de op straat spelende kinderen was gealarmeerd en naar buiten was meegelopen. Daar had zij bij een paar kinderen een zittende man gezien, die wegrende toen zij eraan kwam. Zowel haar neefje, jongen B dus, als haar eigen zoon wees deze man aan en de daar ook aanwezige jongen C zei haar dat deze man zojuist zijn hand in zijn

¹⁶¹⁷ Hoewel dit punt ook in deze procedure namens de Nederlandse Staat wel naar voren was gebracht.

¹⁶¹⁸ Besparing van tijd en kosten kan ook een rol hebben gespeeld. Als dat zo was, dan is dat in ieder geval grandioos mislukt.

¹⁶¹⁹ Ook dit arrest werd al eerder in dit deel besproken, zie hoofdstuk 8, onder 8.4.3.

¹⁶²⁰ Zoals af te leiden uit de overwegingen van het EHRM.

broek had gestoken. Deze tante werd ook met de verdachte geconfronteerd en herkende hem, maar was daarvan niet volledig zeker omdat hij er inmiddels anders uitzag. Ten slotte werd de verdachte ook nog door een andere vrouw herkend als de man met wie zij vlakbij de speelplaats een gesprekje had gevoerd.

De slachtoffertjes waren door gespecialiseerde zedenrechercheurs met de verdachte geconfronteerd¹⁶²¹ en gehoord.

De behandeling in feitelijke aanleg

In eerste aanleg werden de twee getuigen die de verdachte hadden herkend, de tante en de 'andere vrouw' ter terechtzitting gehoord. In hoger beroep werden voorts nog de zedenrechercheurs gehoord. Ter zitting waren daarnaast de moeder van A en A's advocaat aanwezig. De moeder deelde mee dat A nog steeds moeite had het voorval te verwerken.

De verdediging diende een verzoek in deze kinderen ook zelf te mogen horen, nu de verdachte stellig ontkende. Het hof wees dit verzoek echter af, omdat het dit verhoor niet noodzakelijk achtte én omdat het het belang van de kinderen om niet aan een verhoor te worden blootgesteld zwaarder liet wegen dan het belang van de verdachte bij hun verhoor. Het wees er daarbij op dat inmiddels de betreffende zedenrechercheurs ter terechtzitting van het hof waren gehoord. Het achtte hun verklaringen bovendien bruikbaar voor het bewijs. Blijkens zijn overwegingen gaf het hof zich rekenschap van de jurisprudentie van het Europese Hof. Het overwoog, verwijzend naar het Doorson-arrest, dat die jurisprudentie enige ruimte laat voor de afweging van belangen en signaleerde dat veel gewicht toekomt aan onder meer de compensatie van de verdediging voor de hindernissen die worden ondervonden doordat zij zelf de aangevers niet heeft kunnen ondervragen. In de verdere afweging kwam dat aspect echter niet (expliciet) terug. Het hof overwoog dat de confrontatie van de kinderen met de verdachte voldoende zorgvuldig was uitgevoerd en dat hun verklaringen steun vonden in ander bewijsmateriaal. Het wees er voorts op dat de verdachte niet de inhoud van deze verklaringen betwistte, maar slechts de herkenning, en dat de verdediging in hoger beroep niet meer had verzocht om het verschijnen van de tante en 'de andere vrouw'.

De beoordeling door de Hoge Raad

De Hoge Raad verwierp de tegen voornoemde overwegingen gerichte cassatieklachten tamelijk kort en krachtig.¹⁶²² Met betrekking tot de klacht over het gebruik van de verklaringen voor het bewijs verwees hij louter naar zijn eigen (toen nog recente) jurisprudentie, die inhield dat artikel 6 EVRM niet in de weg staat aan gebruik voor het bewijs van verklaringen van (belastende) getuigen die niet op enig moment door de verdediging konden worden bevraagd, zolang deze verklaringen maar in voldoende mate steun vinden in ander bewijsmateriaal. Het oordeel van het hof dat dit het geval was achtte de Hoge Raad niet onbegrijpelijk, nu het overige

¹⁶²¹ En wel via een enkelvoudige spiegelconfrontatie. Dit was de voornaamste reden waarom de verdediging de verklaringen van de kinderen onvoldoende betrouwbaar achtte en om hun verhoor verzocht.

¹⁶²² HR 12 oktober 1999, NJ 1999, 827.

bewijsmateriaal ook naar zijn oordeel¹⁶²³ telkens betrekking had op door de verdachte betwiste onderdelen van de verklaringen van de slachtoffers.

De klacht over de afwijzing van het verzoek de kinderen als getuige te horen verwierp hij eveneens, met de overweging dat het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk was. Opmerkelijk was dat hij daaraan met kennelijke instemming toevoegde dat in dat oordeel besloten lag dat ‘iedere confrontatie, op welke wijze deze ook is georganiseerd, ten behoeve van het strafrechtelijk onderzoek met die ervaringen vermeden moet worden.’

Zoals eerder al vermeld was de advocaat-generaal Keijzer met betrekking tot de afwijzing van het verzoek tot het horen een andere mening toegedaan. Hij vond dat het hof blijk had moeten geven te hebben onderzocht of een verhoor had kunnen plaatsvinden op een wijze die voor deze jongens minder belastend was.¹⁶²⁴

De beoordeling door het EHRM

Bocos Cuesta wendde zich tot Straatsburg.¹⁶²⁵ Het EHRM deed in deze zaak uitspraak op 10 november 2005.¹⁶²⁶

Bij zijn beoordeling van de zaak stelde het EHRM voorop, onder verwijzing naar eerdere uitspraken,¹⁶²⁷ dat een afweging mag plaatsvinden tussen de belangen van slachtoffers, en in het bijzonder minderjarige slachtoffers van zedendelicten, en die van de verdachte, maar op voorwaarde dat het resultaat van die afweging te rijmen is met een adequate en effectieve uitoefening van verdedigingsrechten. Dat kan betekenen dat aan de verdediging compensatie moet worden geboden voor de nadelen die zij door de inperking van haar gebruikelijke mogelijkheden ondervindt.

Daarna onderzocht het de zaak in concreto. Daarbij constateerde het ten eerste dat de verklaringen van de vier jongens de enigen waren die rechtstreeks bewijs vormden voor hetgeen de verdachte werd verweten, nu de twee andere getuigen die de verdachte (deels) hadden herkend hem niets hadden zien doen. Daarom moesten de verklaringen van de jongens worden beschouwd als doorslaggevend voor het bewijs. Om die reden beoordeelde het hof vervolgens of de verdediging in voldoende mate de gelegenheid had gehad om haar rechten uit te oefenen. In dat verband constateerde het hof dat de verdediging de jongens niet had kunnen ondervragen, hun verhoor niet had kunnen volgen en dat, aangezien de verhoren niet waren opgenomen, de verdediging noch de rechters aan de hand van hun verhoren zich een eigen oordeel over hun betrouwbaarheid had kunnen vormen. De mogelijkheid die de verdediging wel was geboden om de op schrift gestelde verklaringen uitvoerig te betwisten en de zorgvuldigheid waarmee die verklaringen door de rechter waren beoordeeld, konden naar het oordeel van het Hof niet als adequate compensatie voor dit gemis worden beschouwd. Ten slotte liet het Hof nog meewegen dat de overweging dat het niet verantwoord was de jonge aangevers aan

¹⁶²³ Uit de overwegingen terzake blijkt dat de Hoge Raad de bewijsconstructie wel heeft bekeken: hij noemde 9 door het hof gehanteerde bewijsmiddelen als ondersteunend.

¹⁶²⁴ Zie de bespreking van dit arrest in hoofdstuk 8, onder 8.4.3.

¹⁶²⁵ Bijgestaan door Hamer.

¹⁶²⁶ EHRM 10 november 2005, NJ 2006, 239 m.nt. Schalken. Het oordeel van het hof was unaniem.

¹⁶²⁷ In het bijzonder *S.N. t. Zweden*.

een nader verhoor bloot te stellen op geen enkele wijze was onderbouwd, bijvoorbeeld door de verklaring van een deskundige. Dit alles leidde ertoe dat het Hof van oordeel was dat het recht van de verdediging op het horen van getuigen was geschonden en dat hij derhalve geen eerlijk proces had gehad.¹⁶²⁸

Schalken wees er in zijn noot op dat het Europees Hof met name een stap verder gaat dan de Hoge Raad bij het beantwoorden van de vraag wat als voldoende steunbewijs kan worden beschouwd. Beide instanties zijn het erover eens dat daaruit van betrokkenheid van de verdachte bij het hem ten laste gelegde moet blijken, maar voor de Hoge Raad hoeft dat steunbewijs geen betrekking te hebben op de pleeghandelingen zelf (zolang het maar steun biedt aan door de verdachte betwiste onderdelen van het 'hoofd'bewijsmiddel), terwijl het Europese Hof wel eist dat de betreffende verklaring rechtstreeks bewijs voor die handelingen oplevert. Schalken trok verder een vergelijking met de zaak Scheper,¹⁶²⁹ eveneens een zedenzaak waarin de verdediging de aangeefsters niet zelf had kunnen horen, maar waarin het EHRM geen schending van het recht op een eerlijk proces ontwaarde. Schalken veronderstelde dat dit te maken had met het feit dat Scheper, anders dan Bocos Cuesta, het seksuele contact als zodanig wel had erkend, waardoor de bewijsrechtelijke drempel naar de onvrijwilligheid daarvan gemakkelijker kon worden genomen. Ook het feit dat de aangevers nog jonge kinderen waren kon zijns inziens – hij verwees naar de Franse affaire Outreau een rol gespeeld hebben.¹⁶³⁰

Beschouwing

Cruciaal in deze zaak is dat de Hoge Raad het advies van zijn advocaat-generaal negeerde: er waren mogelijkheden geweest meer aan de verdediging tegemoet te komen dan was gebeurd, zonder de belangen van de jongens te schenden. Die mogelijkheden zijn te gemakkelijk en bijna tegen beter weten in niet in de beoordeling betrokken.

11.1.11 *De zaak Geerings – schending onschuldpresumptie bij ontneming*

Een voor Nederland nieuw soort schending, te weten van de onschuldpresumptie als gegarandeerd in artikel 6 lid 2 EVRM kwam aan de orde in de zaak Geerings.

¹⁶²⁸ Het betrof opnieuw een unaniem oordeel.

¹⁶²⁹ EHRM 5 april 2005, NJ 2005, 551 m.nt. Schalken.

¹⁶³⁰ Daarnaast speelde zeker een rol dat de autoriteiten zich in de zaak Scheper hadden ingespannen de aangeefsters als getuigen ter terechtzitting te krijgen, maar dat dit was mislukt. Opmerkelijk is inderdaad dat het Hof de verklaringen van de drie aangeefsters in die zaak niet het enige of doorslaggevende bewijs vond, terwijl ook daar verder niemand de handelingen als zodanig had waargenomen. Het noemde daarbij in het bijzonder dat de *modus operandi* in die zaken steeds grote gelijkenis vertoonden. Die was in die gevallen zeker kenmerkend: het betrof telkens verkrachting van prostituees. Daarnaast was nog sprake van ander ondersteunend materiaal. Verder zal zoals ook Schalken opmerkt een rol hebben gespeeld dat voor het seksuele contact zelf de verklaringen van de aangeefsters niet doorslaggevend waren, nu Scheper dat op enig moment had erkend.

De behandeling in feitelijke aanleg

Geerings was vervolgd voor een groot aantal vermogensdelicten, maar van een aanzienlijk deel daarvan vrijgesproken. Vervolgens was aan hem een ontnemingsmaatregel van ruim € 147.000 opgelegd, die mede betrekking had op feiten waarvan hij in de hoofdprocedure was vrijgesproken.

Het hof had hieromtrent overwogen dat het feit dat Geerings van die feiten was vrijgesproken, nog niet meebracht dat deze feiten niet als ‘soortgelijke feiten’ in de zin van artikel 36e, lid 2 Sr konden worden aangemerkt, omdat daarvoor naast de soortgelijkheid niet méér nodig is dan dat aannemelijk is dat de betrokkene deze feiten heeft begaan.

De beoordeling door de Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelde dat het hof aldus geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en volgde min of meer dezelfde redenering, die erop neerkwam dat de ‘bewijslat’ in ontnemingszaken nu eenmaal lager ligt dan in strafzaken, zodat een vrijspraak in de strafzaak nog niet betekent dat geen sprake is van aannemelijkheid dat de verdachte voordeel heeft verkregen uit het feit waarvan is vrijgesproken.¹⁶³¹ Hij voegde daaraan toe dat van onverenigbaarheid met artikel 6, lid 2 EVRM geen sprake was, nu de procedure in de ontnemingszaak aan de betrokkene de gelegenheid biedt zich te verweren tegen de stellingen van het openbaar ministerie.

Bijzonder opmerkelijk was dat de Hoge Raad geen woord besteedde aan de zeer uitvoerige conclusie van Vellinga, die aan de hand van een diepgaande analyse van de jurisprudentie van het EHRM¹⁶³² aantoonde dat deze veroordeling in Straatsburg geen stand zou houden.

De beoordeling door het EHRM

Geerings wendde zich tot het EHRM.¹⁶³³ De voorspelling van Vellinga kwam uit. Het Hof overwoog¹⁶³⁴ dat het in de zaken Phillips tegen Engeland en Van Offeren tegen Nederland weliswaar had aanvaard dat de ontnemingsprocedure onderdeel vormde van de bestraffingsproces volgend op een strafrechtelijke veroordeling en daarom niet onder artikel 6 lid 2 EVRM viel, maar dat die zaken gemeen hadden dat het in die zaken steeds ging om personen die waren veroordeeld voor drugsdelicten en ervan werden verdacht nog meer van dergelijke feiten te hebben begaan. Daarbij kwam dat de betreffende personen in het bezit waren van vermogensbestanddelen van onduidelijke herkomst waarvan in redelijkheid kon worden vermoed dat die van misdrijf afkomstig waren, terwijl zij daarvoor geen aannemelijke verklaring hadden gegeven. In het onderhavige geval was echter geen sprake van het aantreffen van dergelijke vermogensbestanddelen en had het (Nederlandse) hof de hoogte van het wederrechtelijk verkregen voordeel vastgesteld aan de hand van een mengsel van feiten en veronderstellingen uit een politierapport.

¹⁶³¹ HR 1 april 2003, NJ 2003, 497 m.nt. Schalken.

¹⁶³² Die in de uitspraak van het EHRM dan ook uitvoerig wordt geciteerd.

¹⁶³³ Bijgestaan door Spronken.

¹⁶³⁴ EHRM 1 maart 2007, NJ 2007, 349 m.nt. Borgers. Ook deze beslissing was unaniem.

Het Hof overwoog dat het al ongepast is vermogensbestanddelen te ontnemen waarvan niet is vastgesteld dat de betrokkene deze op enig moment in zijn bezit heeft gehad en dat dit temeer geldt wanneer die ontneming betrekking heeft op feiten waarvoor de verdachte niet is veroordeeld. In die gevallen kan het niet anders dan dat de maatregel gebaseerd is op een vermoeden van schuld, hetgeen in strijd is met artikel 6 lid 2 EVRM. Het onderhavige geval wijkt bovendien in nog een ander opzicht af van de zaak Phillips, nu het hier zelfs gaat om feiten waarvan de verdachte is vrijgesproken. In dergelijke zaken geldt dat zelfs maar het uitspreken van een verdenking daarna ongeoorloofd is, laat staan een vaststelling van schuld waartoe het (Nederlandse) hof was overgegaan.

Uit de beschouwingen die Borgers in zijn noot aan het arrest wijdt komt, afgezien van zijn kritische kanttekeningen bij de manier waarop het EHRM tot zijn oordeel is gekomen,¹⁶³⁵ naar voren dat de uitkomst daarvan in Nederland ook voor dit arrest al breed werd gedragen, ‘behalve door de Hoge Raad’.

Beschouwing

Het lijkt erop dat de Hoge Raad, tot dat door het verschijnen van dit arrest niet langer kon, bewust een eigen, van de lijn van het EHRM afwijkende, koers heeft gevaren. De redenering die de Hoge Raad volgde is in theorie wel sluitend, maar juist de door het Hof gewraakte extrapolatie van bevindingen waardoor het totaalbedrag uitkomt op een mengsel van feit en veronderstelling, maakte de einduitkomst in dit geval hachelijk. Daarbij komt dat de ontnemingsveroordeling voor ‘soortgelijke feiten’ toch een vaststelling van schuld aan die feiten impliceert, die naar vaste jurisprudentie van het hof na een vrijspraak ongeoorloofd is.

11.1.12 De zaak Vidgen – de zwiigende getuige

In juni 2006 deed de Hoge Raad uitspraak in de zaak Vidgen, een arrest waarvan in 2012 bleek dat het de toets van het EHRM niet kon doorstaan.¹⁶³⁶

De behandeling in feitelijke aanleg

Het betrof de uitvoer van in motorblokken verstopte XTC. Vidgen erkende betrokkenheid bij het transport van de motorblokken, maar ontkende wetenschap van de XTC. Het enige bewijsmiddel voor zijn opzet was de verklaring van ene M. ten overstaan van een Duitse politiefunctionaris in zijn eigen (Duitse) strafzaak.¹⁶³⁷ Al het andere bewijsmateriaal had betrekking op het transport als zodanig en de betrokkenheid van anderen daarbij. M. trok zijn belastende verklaring jegens Vidgen

¹⁶³⁵ Met Borgers kan worden ingestemd dat de redenering van het EHRM omslachtig en verwarrend is.

¹⁶³⁶ HR 6 juni 2006, NJ 2006, 332 en *Vidgen t. Nederland*, EHRM 10 juli 2012, NJ 2012, 649 m.nt. Schalken. De klacht werd ingediend door raadsman G. Meijer. Ook dit arrest wordt tevens besproken in hoofdstuk 8, onder 8.4.3, Gebruik getuigenverklaring tot bewijs in relatie tot ondervragingsrecht.

¹⁶³⁷ Deze M. was eveneens bij het transport betrokken geweest. Overigens had hij verklaard over de betrokkenheid van de verdachte te hebben vernomen van diens vader, en niet van de verdachte zelf.

later weer in. Gehoord als getuige in de zaak tegen Vidgen had hij zich steeds beroepen op zijn verschoningsrecht. Het hof vond de oorspronkelijke, belastende, verklaring desalniettemin bruikbaar voor het bewijs. De overwegingen daartoe kwamen erop neer dat het de verklaringen van M. betrouwbaar achtte en dat deze in het algemeen voldoende werden bevestigd door ander bewijsmateriaal. Het hof veroordeelde dan ook en Vidgen stelde cassatieberoep in.

De beoordeling door de Hoge Raad

De Hoge Raad verwierp het beroep. Hij verwees naar de uitgangspunten uit zijn arrest uit 1994 en constateerde dat het hof de gewraakte verklaring zonder meer kon gebruiken, nu de verdediging zowel in eerste aanleg als in hoger beroep in de gelegenheid was geweest de getuige te bevragen en tegen diens verklaring in te brengen wat zij wilde. Steunbewijs voor die verklaring was dan niet meer nodig.

Advocaat-generaal Vellinga had geadviseerd tot gegrondverklaring van de klacht. Hij kwam tot de conclusie dat het arrest moest worden vernietigd wegens strijd met artikel 6 EVRM, nu het bewijs tegen Vidgen ‘solely or to a decisive extent’ berustte op de verklaring van M. Hij ging er daarbij vanuit dat het feit dat de getuige zich op zijn verschoningsrecht had beroepen, naar de maatstaven van het EHRM meebracht dat diens belastende verklaring niet mocht worden gebruikt wanneer daarvoor geen steunbewijs voorhanden was.¹⁶³⁸ Op dit betoog ging de Hoge Raad echter niet in.

De beoordeling door het EHRM

Vidgen beklagde zich in Straatsburg dat zijn veroordeling ‘solely or to a decisive extent’ was gebaseerd op de verklaring van een getuige die hij niet had kunnen ondervragen.

Het Hof was dat met hem eens.¹⁶³⁹ Essentieel was het oordeel dat het (op zichzelf legitieme) beroep op het verschoningsrecht de ondervraging van de getuige nutteloos maakte.¹⁶⁴⁰ Dat kwam neer op een situatie waarin de verdediging geen gelegenheid tot ondervraging had gehad. Daarom diende haar compensatie voor deze handicap te worden geboden. Nu dat niet was gebeurd en de bewezenverklaring bovendien ‘to a decisive extent’ op deze verklaring rustte, was artikel 6 EVRM geschonden.

Beschouwing

Ook hier lijkt het erop dat de Hoge Raad zich bewust rechterlijk ongehoorzaam opstelt, dan wel op zijn minst afwacht of de jurisprudentie van het EHRM, casuïstisch als zij is, ook in een Nederlandse zaak gelding heeft.

¹⁶³⁸ Hij verwees daartoe naar Craxi tegen Italië, EHRM 5 december 2002, appl. nr. 34896/97.

¹⁶³⁹ Het verwees naar de algemene overwegingen uit zijn belangrijke recente uitspraken in de zaken *Al-Khawaja en Taher t. Engeland* (uitspraken van de Grand Chamber d.d. 15 december 2011; NJ 2012, 283 m.nt. Schalken en Alkema) en naar de oudere zaak Luca.

¹⁶⁴⁰ Deze overweging was overigens niet nieuw, zoals in de zojuist besproken noot van Borgers werd aangetoond. Het Hof overwoog dit al in *Unterpertinger* en vele malen daarna.

In de eerdere bespreking van dit arrest kwam al de annotatie van Borgers bij een later, soortgelijk, arrest ter sprake.¹⁶⁴¹ Hier wordt herhaald dat Borgers erop wijst dat in de rechtspraak van de Hoge Raad, anders dan in de rechtspraak van het EHRM, in wezen de taak en de verantwoordelijkheid van de strafrechter in het inquisitoire strafproces voorop staan, waardoor het karakter van het ondervragingsrecht als verdedigingsrecht naar de achtergrond verschuift.

11.2 Gerechtelijke dwalingen

Nog minder dan de Straatsburgse veroordelingen behoeven de in dit hoofdstuk besproken gerechtelijke dwalingen enige introductie. Het betreft in Nederland wereldberoemde zaken: de Schiedammer Parkmoord en de zaak Lucia de Berk. De relevantie voor dit onderzoek is echter beperkt, nu het in deze zaken (natuurlijk) steeds ging over de bewijskwestie en de Hoge Raad als cassatierechter juist op dat terrein bewust een slechts beperkte rol speelt. Hoewel het voornemen bestond alle beroemde gerechtelijke dwalingen van de laatste jaren te onderzoeken, bleek dat bij nadere bestudering in twee gevallen zinloos. De arresten van de Hoge Raad in de Puttense moordzaak en de Zes van Breda zijn niet eens gepubliceerd.¹⁶⁴² Het arrest in de zaak Ina Post wel,¹⁶⁴³ maar lezing daarvan leert dat in cassatie de bewijskwestie niet aan de orde was.¹⁶⁴⁴ Slechts in de Schiedammer Parkmoordzaak en in de zaak Lucia de Berk werd wel geklaagd over het bewijs. Aan die zaken wordt hieronder dan ook de nodige aandacht besteed, om te bezien of de Hoge Raad iets had kunnen en moeten doen om deze dwalingen te voorkomen.

11.2.1 *De Schiedammer Parkmoordzaak*

De behandeling in feitelijke aanleg

Op 22 juni 2000 werd in de bosjes van het Beatrixpark in Schiedam een meisje verkracht en vermoord. De dader probeerde ook haar speelkameraadje Michael te doden, maar die wist te ontsnappen. De ter plaatse aanwezige Cees B., die ook als eerste de politie alarmeerde, werd korte tijd later als verdachte aangemerkt en bekende uiteindelijk (tijdens lange verhoren) het feit. Later trok hij zijn bekentenis weer in. Hij werd vervolgens zowel in eerste aanleg als in hoger beroep voor deze feiten veroordeeld. In beide instanties was het verweer gevoerd dat de bekentenis onder druk was afgelegd, maar beide keren had de rechter dit verweer verworpen.

¹⁶⁴¹ HR 5 januari 2010, NJ 2010, 571 m.nt. Borgers.

¹⁶⁴² Het arrest in de Puttense moordzaak werd gewezen op 16 september 1996, drie van de zes arresten in de zaken van de Zes van Breda op 10 september 1996. In de andere drie zaken werd geen cassatieberoep ingesteld.

¹⁶⁴³ HR 26 april 1988, LJN: AD0289, eerst gepubliceerd in het kader van het samenstellen van een speciaal dossier op rechtspraak.nl naar aanleiding van de herzieningszaak.

¹⁶⁴⁴ Post werd in cassatie bijgestaan door P.W.M. Huisman, die vier middelen indiende die zich richtten op de strafmaat en formele kwesties die de bewijsvraag niet raakten.

De beoordeling door de Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelde in cassatie op 15 april 2003 en verwierp het beroep op de voet van artikel 81 RO.¹⁶⁴⁵ Uit de conclusie van de advocaat-generaal Machielse valt echter wel het volgende af te leiden.

Namens Cees B. diende Spong zes middelen van cassatie in. Het tweede richtte zich tegen de verwerping van een bewijsverweer, dat inhield dat het daderschap van Cees B. niet te rijmen viel met de beschrijving die Michael van de dader had gegeven. Het vierde, vijfde en zesde middel richtten zich tegen de afwijzing van verzoeken tot het doen van nader onderzoek.

Machielse concludeerde tot ongegrondverklaring van al deze middelen. Met betrekking tot het tweede middel wees hij erop dat uit de door het hof gebezigde bewijsmiddelen in voldoende mate was af te leiden dat Cees B. de dader was en dat de bewezenverklaring evenmin onverenigbaar was met Michaels verklaringen. Hij voegde daaraan toe dat de situatie dat zich in een dossier bewijsmiddelen bevinden die haaks op elkaar staan nogal gebruikelijk is.¹⁶⁴⁶ Met betrekking tot de afwijzing van de diverse onderzoekshandelingen meende hij dat het hof daarvan terecht steeds de noodzaak niet had ingezien. De verzoeken betroffen ten eerste een psychologische analyse van de bekennende verklaringen en het telefoontje naar de alarmcentrale dat Cees B. direct na het feit had gevoerd; ten tweede toevoeging aan het dossier van alle bij de politie naar aanleiding van dit feit binnengekomen tips en ten slotte het verrichten van DNA-onderzoek aan een aantal in de buurt van de plaats delict aangetroffen voorwerpen. Machielse achtte al deze onderzoeken in wezen zinloos. Over het gevraagde onderzoek naar de bekentenissen merkte hij in het bijzonder op dat het aan de rechter is de betrouwbaarheid van verklaringen te beoordelen en dat de verdediging terzake van die verklaringen niet meer had gesteld dan dat de stemmen van Cees B. tijdens de verhoren sterk wisselden en dat hij geruime tijd geen of nauwelijks contact met de buitenwereld had gehad. Bovendien, zo stelde hij, had Cees B. zijn bekennende verklaring ook bij zijn voorgeleiding nog volgehouden.

Als gezegd zag de Hoge Raad kennelijk helemaal niets in deze middelen. In 2004 wees hij voorts nog het eerste herzieningsverzoek af.¹⁶⁴⁷ Eerst na de bekentenis van de werkelijke dader kwam het (uiteraard) tot herziening.¹⁶⁴⁸

Beschouwing

Het is de vraag of de Hoge Raad iets met de cassatieklachten had gekund. Machielse heeft zonder meer gelijk met zijn constatering dat een dossier regelmatig tegenstrijdig bewijs bevat, ook afkomstig van getuigen aan wier oprechtheid geen twijfel hoeft te bestaan. Dat bekennende verklaringen later worden ingetrokken is al

¹⁶⁴⁵ HR 15 april 2003, NJ 2003, 364.

¹⁶⁴⁶ Bovendien bleek uit de conclusie dat het hof in respons op het genoemde verweer had overwogen het niet met de raadsman eens te zijn dat de beschrijving die Michael van de dader had gegeven onverenigbaar was met het daderschap van Cees B. Het middel lijkt een wanhoopspoging te zijn geweest.

¹⁶⁴⁷ HR 7 september 2004, LJN: AQ9834.

¹⁶⁴⁸ Die beslissing was zo recht toe, recht aan, dat daarover verder niets valt te zeggen.

evenzeer gemeengoed. Dat het bewezenverklaarde uit de bewijsmiddelen kón worden afgeleid, leidt gelet op de bekennende verklaring van Cees B. voorts geen twijfel en werd in cassatie ook niet bestreden.

De onbetrouwbaarheid van deze bekentenis was achteraf natuurlijk het kardinale punt. Of dat aan de hand van psychologisch onderzoek voldoende aannemelijk kon worden is twijfelachtig. Het overige verzochte onderzoek zou al helemaal niet tot dat resultaat hebben geleid, kan met (on)gerust hart worden gesteld.¹⁶⁴⁹

Gelet op het bijzondere van deze zaak was het wenselijk geweest dat de Hoge Raad zichzelf wel een rol had toegeëigend. Het betrof immers een zeer ernstige zaak, waarin een bijzonder lange gevangenisstraf was opgelegd en het bewijs van het daderschap van Cees B alleen op zijn eigen bekentenissen berustte. Bovendien was er het nodige, zoals de verklaring van Michael en het geheel ontbreken van DNA-sporen van de verdachte, dat erop wees dat deze bekentenissen mogelijk vals waren. Toegegeven zij dat de mogelijkheden voor de Hoge Raad tot vernietiging beperkt waren en, gelet op de beperkte informatie over de middelen en het arrest van het hof, hier ook niet goed te beoordelen. Alleen het middel waarin werd geklaagd over de afwijzing van het verzoek tot nader onderzoek bood daartoe mogelijk een aanknopingspunt.

Dat verwerping van dit cassatieberoep gezien ons cassatiestelsel de te verwachten uitkomst was, is, bezien vanuit het oogpunt van de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad, misschien wel het meest zorgwekkend. Dat de Hoge Raad dat zelfs deed met een verkorte motivering onderstreept dat. Onder het nieuwe systeem van selectie aan de poort zou een dergelijke zaak wellicht zelfs tot niet-ontvankelijkheid kunnen leiden.

11.2.2 *De zaak Lucia de Berk*¹⁶⁵⁰

De casus

Lucia de Berk, lange tijd bekend als ‘Lucia de B.’, is de verpleegster die werd veroordeeld wegens het plegen van zeven moorden en drie pogingen daartoe op haar patiënten, waaronder wie een aantal kinderen.¹⁶⁵¹ Het bijzondere aan deze zaak was, dat tegen haar een verdenking was ontstaan omdat in het ziekenhuis waar zij werkte een kind plotseling kwam te overlijden en een van haar collega’s vond dat zij verdacht vaak bij reanimaties en sterfgevallen betrokken was geweest. Deze verdenking leidde tot een speurtocht door oude gegevens waaruit een lijst werd samengesteld met onverklaarde sterfgevallen waar De Berk steeds bij in de buurt was geweest. Bij de verdachte waren derhalve strafbare feiten gezocht en niet, zoals in het strafrecht gebruikelijk, andersom. Rechtstreeks bewijs, in de zin van een

¹⁶⁴⁹ Daarbij moet worden aangetekend dat de middelen en de toelichting daarop niet in het arrest zijn opgenomen. Slechts in de conclusie van de AG is zeer summier aangeduid waartoe de middelen strekten.

¹⁶⁵⁰ Bij het beroep in cassatie in deze zaak is schrijfster dezes als raadvrouw, samen met A.A. Franken, betrokken geweest.

¹⁶⁵¹ Daarnaast speelde nog een aantal andere feiten, die hier buiten beschouwing zullen blijven.

bewijsmiddel dat zag op het verrichten van enige handeling in relatie tot de ten laste gelegde feiten door De Berk, ontbrak. Dat alles maakte de zaak ook bewijstechnisch ongebruikelijk.

De behandeling in feitelijke aanleg

De rechtbank veroordeelde De Berk voor vier van de dertien tenlastegelegde moorden en drie van de vijf ten laste gelegde pogingen daartoe.

Beide partijen gingen in hoger beroep en het hof veroordeelde opnieuw, maar nu voor zeven moorden en drie pogingen daartoe. Het wees een zeer uitvoerig gemotiveerd arrest, waarin de bewijsconstructie minutieus uit de doeken werd gedaan en de standpunten van de verdediging gemotiveerd terzijde werden geschoven.

Het hof had als algemeen uitgangspunt drie minimumvoorwaarden voor een bewezen-verklaring geformuleerd: er moest sprake zijn geweest van een plotseling en onverwacht overlijden of levensbedreigend incident (1), waarvoor alle natuurlijke oorzaken in redelijkheid konden worden uitgesloten (2) en op een moment dat De Berk op de afdeling aanwezig was of kort daarvoor was geweest (3). Wanneer een van deze voorwaarden niet was vervuld, zou tot vrijspraak moeten worden overgegaan.

De bewezenverklaring kwam tot stand in twee stappen. Eerst kwam het hof op grond van het voorhanden bewijsmateriaal (met name aan de hand van deskundigenbewijs) tot bewezenverklaring van één moord en één poging daartoe door middel van vergiftiging met (niet voorgeschreven) geneesmiddelen. Vervolgens constateerde het dat de modus operandi bij beide feiten sterke overeenkomsten vertoonden en dat De Berk over die feiten kennelijk leugenachtig had verklaard – zij had immers ontkend de betreffende stoffen te hebben toegediend. Gezien deze beide constatering en achtte het hof ook de gevallen die aan de eerder opgesomde minimumvoorwaarden voldeden, met behulp van een schakelbewijsconstructie, voldoende bewezen. Daarbij sloeg het nog acht op omstandigheden van allerlei aard, zoals dagboek-aantekeningen¹⁶⁵² en het statistische argument dat geen aannemelijke verklaring gevonden was waarom De Berk bij zoveel incidenten betrokken was geweest.

De beoordeling door de Hoge Raad

In cassatie werd onder meer geklaagd over (kort gezegd) het gebruik van de verklaringen van De Berk voor het bewijs, hetzij in de vorm van leugenachtigheid daarvan, hetzij in de vorm van het ontbreken van een aannemelijke verklaring voor bepaalde omstandigheden. De Hoge Raad verwierp deze klachten, verwijzend naar zijn standaardjurisprudentie en de wetsgeschiedenis. Met betrekking tot het feit dat het hof, na te hebben vastgesteld dat De Berk twee kinderen niet-voorgeschreven

¹⁶⁵² In het dagboek van De Berk waren aantekeningen gevonden waaruit bleek dat zij een ‘groot geheim’ had waar niemand van wist, het betrof een ‘compulsie’ waaraan zij af en toe toegaf, waarmee zij mensen gelukkig maakte en waarvan ze hoopte dat ze daar in het PEN-ziekenhuis (waar zij zou gaan werken) geen kans toe zou krijgen. Ter terechtzitting verklaarde zij dat dit betrekking had op het leggen van tarotkaarten voor patiënten.

medicatie had toegediend en hen daardoor had vergiftigd, haar verklaringen dat zij dat niet had gedaan als kennelijk leugenachtig aanmerkte en voor het bewijs van de overige feiten bezigde, overwoog de Hoge Raad, anders dan zijn advocaat-

generaal,¹⁶⁵³ dat dit, gelet op de gelijksoortige context waarbinnen alle bewezen verklaarde feiten waren begaan, niet ongeoorloofd was. Ook in het gebruik van het schakelbewijs, waartegen eveneens middelen waren gericht, zag de Hoge Raad geen probleem, nu het Hof aldus in zijn oordeel had betrokken

‘dat de feitelijke gang van zaken ten aanzien van deze feiten, waaronder begrepen de context waarbinnen zij zich hebben toegedragen, de omstandigheden waarmee zij zijn omgeven en het desbetreffende handelen van de verdachte alsmede de verklaringen die de verdachte daarover heeft afgelegd, op essentiële punten belangrijke overeenkomsten vertoonde met de feitelijke gang van zaken ten aanzien het onder 1 en 5 bewezenverklaarde (de twee feiten die als eerste bewezen werden verklaard-AR) en de verklaringen van de verdachte dienaangaande.’

De klacht ten slotte dat voor de door middel van het schakelbewijs bewezen verklaarde feiten geen enkel bewijsmiddel voorhanden was waaruit bleek welke van de alternatief ten laste gelegde gedragingen De Berk zou hebben verricht, stuitte af op de overweging dat dat ook niet hoefde, nu het hof uit het wel voorhanden bewijsmateriaal had afgeleid dat de verdachte de dood of het ernstige incident had veroorzaakt. Aldus kon in het midden kon blijven hoe zij dat had gedaan. De tegen de individuele bewezenverklaringen ingediende middelen werden alle op de voet van artikel 81 RO verworpen.

Mevis annotateerde dit arrest op een moment dat al de nodige commotie rond deze veroordeling was ontstaan en de Commissie Evaluatie Afsloten Strafzaken (CEAS) de zaak ontvankelijk had verklaard. Hij bekeek hoe de Hoge Raad de bewijsklachten had verworpen en constateerde dat daar niet veel nieuws bij zat. De Hoge Raad had, ondanks de voorziet die de middelen daartoe boden, kennelijk niet de behoefte gevoeld zijn standaardjurisprudentie naar aanleiding van deze bijzondere zaak aan te passen. Hij vroeg zich af of deze terughoudende opstelling kon worden verklaard doordat misschien een duidelijke meerderheid van de tien leden¹⁶⁵⁴ van de strafkamer die zich over de zaak hadden gebogen niet van De Berk's onschuld overtuigd was.

In zijn meer algemene beschouwing over het bewijsrecht merkte Mevis op dat dit arrest eens te meer duidelijk maakte hoezeer de Hoge Raad de bewijsbeslissing aan de feitenrechter laat en diens beslissing slechts zeer beperkt toetst. Hij zag dat als een onvermijdelijk gevolg van ons cassatiestelsel, al vroeg hij zich hier opnieuw

¹⁶⁵³ Advocaat-generaal Fokkens zag wel een probleem, nu naar zijn opvatting de leugenachtigheid van deze verklaringen geen relevante aanwijzing opleverde dat zij ook de andere feiten zou hebben begaan. Hij begreep de betreffende overweging van het hof echter na nadere bestudering als een omstandigheid die mede van belang was bij het beoordelen van de geloofwaardigheid van de verklaringen van De Berk over de overige ten laste gelegde feiten. Aldus begrepen vond ook hij het middel ongegrond.

¹⁶⁵⁴ Het arrest was gewezen door een 5-kamer, hetgeen in de praktijk betekent dat alle 10 leden van de strafkamer bij de beraadslagingen betrokken waren.

af of de beslissing niet anders zou zijn uitgevallen als de Hoge Raad grote twijfel aan de juistheid van de veroordeling had gehad. Wel meende hij dat het cassatiestelsel meer ruimte biedt voor het toetsen van de motivering van de bewijsbeslissing (dan de Hoge Raad nam), met name ook voor het eisen van verantwoording voor wat het hof als bewijsmateriaal terzijde stelt. Hij zag daarvoor in deze zaak wel aanleiding, nu sprake was van weinig 'hard' bewijs, terwijl wel een zeer hoge straf werd opgelegd.

De herziening

Na dit arrest adviseerde de CEAS inderdaad tot herziening. Die ook kwam er ook, en wel bij arrest van de Hoge Raad van 7 oktober 2008.¹⁶⁵⁵

De belangrijkste reden daarvoor was dat drie door de advocaat-generaal Knigge ingeschakelde (gerenommeerde) deskundigen tot de slotsom kwamen dat op grond van het klinisch beloop het overlijden van het meisje Amber als een natuurlijke dood moest worden beschouwd, terwijl het hof dit feit als moord had bewezen verklaard. Het betrof hier bovendien één van de twee feiten die als pijlers onder de bewijsconstructie voor de overige 'geschakelde' feiten hadden gestaan. De Hoge Raad beschouwde deze nieuwe deskundige opinie als een novum.¹⁶⁵⁶ Hij achtte de herzieningsvordering ten aanzien van dit feit daarom gegrond en oordeelde bovendien dat dit met zich meebracht dat ook de aanvraag ten aanzien van de overige levensdelicten gegrond verklaard diende te worden, gezien de samenhang in de bewijsvoering van al deze feiten.

Mevis constateerde in zijn noot dat de zaak Lucia de Berk driemaal beter was onderzocht nadat haar veroordeling onherroepelijk was geworden dan daarvoor. Hij verweet dat de feitenrechters, waarbij hij aantekende dat het niet instellen van een breed opgezet, overkoepelend onderzoek waarschijnlijk eerder voortvloeide uit

¹⁶⁵⁵ HR 7 oktober 2008, NJ 2009, 44, m.nt. Mevis.

¹⁶⁵⁶ Hij onderbouwde dat met de constatering dat het hof niet op de hoogte was geweest van de door deze deskundige aan de 'trendgraphs' ontleende feitelijke toedracht. De trendgraphs zelf kende het hof weliswaar wel, maar het miste de deskundigheid om deze te kunnen 'lezen', terwijl de deskundige die omtrent de feitelijke toedracht had gerapporteerd deze trendgraphs niet ter beschikking had gehad. Dat dit een novum was had naar het oordeel van de Hoge Raad temeer te gelden, omdat de uitkomsten van het onderzoek van de advocaat-generaal op nog twee andere punten twijfels hadden opgeroepen aan de juistheid van de betreffende bewezenverklaring. Hij achtte de herzieningsvordering ten aanzien van dit feit daarom gegrond en oordeelde bovendien dat dit meebracht dat ook de aanvraag ten aanzien van de overige levensdelicten gegrond verklaard diende te worden, gezien de samenhang in de bewijsvoering van al deze feiten. Dat sprake was van een novum was niet vanzelfsprekend. Knigge wijdde in zijn vordering een beschouwing aan deze vraag. Hij wees erop dat naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad sprake dient te zijn van een nieuw gegeven dat zich niet in het dossier bevond dat de rechter ten tijde van zijn oordeelsvorming ter beschikking stond. Daarbij komt dat dat gegeven ook nog van feitelijk aard moet zijn. Een deskundigenoordeel gebaseerd op feiten die ten tijde van de berechting aan de rechter bekend waren leveren naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad geen novum op, behoudens bijzondere omstandigheden. Knigge kwam dan ook tot de conclusie dat naar de jurisprudentie van dat moment van een novum moeilijk kon worden gesproken en stelde voor het begrip (kort gezegd) op te rekken door te aanvaarden dat ook een nieuw deskundigenoordeel een novum op kan leveren. Dat deed de Hoge Raad dus niet. Wel nam hij de door Knigge daarnaast gedane suggestie om wel binnen de bestaande jurisprudentie tot een novum te komen over.

vanzelfsprekende rechtscultuur dan uit een verkeerde insteek van het hof.¹⁶⁵⁷ Maar een deel van de verantwoordelijkheid voor deze stand van zaken legde hij bij de Hoge Raad nu deze (naar uit zijn bewoordingen kan worden begrepen), de verantwoordelijkheid voor de bewijsbeslissing vrijwel volledig bij de feitenrechter had gelaten. Hij herhaalde zijn opmerking in zijn noot onder het eerste arrest van de Hoge Raad, dat de feitenrechter gedwongen zou moeten worden meer verantwoording van zijn bewijsbeslissing af te leggen, in het bijzonder ook door aandacht te besteden aan ontlastend materiaal.¹⁶⁵⁸

In zijn afsluitende conclusie was hij echter mild, om niet te zeggen positief over de rol die de Hoge Raad in deze zaak¹⁶⁵⁹ had gespeeld: het was niet de schuld van de Hoge Raad dat eerst later een adequate interpretatie van alle feiten door de nieuwe deskundigen boven water kwam en de Hoge Raad heeft, toen dat eenmaal wel zo was en deze daadwerkelijk aanleiding gaf voor gerede twijfel aan de juistheid van de veroordeling, ervoor gezorgd dat tot herziening werd besloten, hoewel daarvoor naar vaste jurisprudentie eigenlijk geen ruimte was.

Beschouwing

Meer nog dan in de Schiedammer-parkmoordzaak was de veroordeling van Lucia de Berk een hachelijke. Dat gold zeker voor de ‘geschakelde’ zaken, waarbij het feit dat zij de ‘locomotief’zaken had ontkend als leugenachtige verklaring aan het bewijs mocht bijdragen. Dat de Hoge Raad in deze zaak geen aanleiding zag voor het trekken van een grens geeft eens te meer blijk van het feit dat hij voor zichzelf geen rol ziet weggelegd bij de feitelijke waardering van het bewijs.

11.2.3 *Beschouwing en conclusie*

De hiervoor besproken jurisprudentie overziende valt op dat de Hoge Raad op het punt van de verdedigingsmogelijkheden met betrekking tot het horen van belangrijke getuigen maar liefst vijf maal door het EHRM werd gecorrigeerd. In de onderzochte periode gebeurde dat voor het eerst in 1989 in de zaak Kostovski en voor het laatst in 2012 in de zaak Vidgen. Vier van de vijf veroordelingen waren unaniem. Zichtbaar was dat de Hoge Raad zijn jurisprudentie steeds aan de eisen van het EHRM dacht aan te passen, maar toch achter de feiten aan bleef lopen. Dat wekt de indruk dat sprake was van een willen voldoen aan de minimale eisen in plaats van het voeren van een ruimhartig beleid.

Daarnaast werd Nederland op de vingers getikt met betrekking tot de verdediging van de afwezige verdachte: een strijd die in Nederland jarenlang door

¹⁶⁵⁷ Hier mag niet onvermeld blijven dat het hof een zeer uitvoerig feitenonderzoek had gedaan, waarbij vele getuigen, waaronder deskundigen, ter terechtzitting waren gehoord.

¹⁶⁵⁸ Daarbij verwees hij als voorbeeld in de zaak Lucia de Berk naar de trendgraphs. Dat deze trendgraphs de conclusies die uit de trendtables werden getrokken, voor wat betreft de tijd dat het betreffende kind niet aan de monitor aangesloten was geweest, sterk relativeerden had de verdediging zowel in hoger beroep als in cassatie naar voren gebracht.

¹⁶⁵⁹ Hij vond overigens dat hetzelfde gold voor de Puttense moordzaak.

advocaten was gevoerd, moest uiteindelijk door het EHRM worden beslecht. Ook op dit terrein constateerde het dat het Nederlandse strafproces al die tijd niet voldoende ‘fair’ was geweest.

Ook ging het een aantal malen mis met de bescherming van de privacy in het kader van het opsporingsonderzoek: het EHRM waarschuwde voor het al te gemakkelijk omzeilen van waarborgen tegen de schending daarvan.

Een verandering in de wijze waarop de Hoge Raad in de loop van de onderzochte periode met grondrechten of de jurisprudentie van het EHRM omging valt uit de besproken arresten niet af te leiden. Soms leek het of de Hoge Raad zich van de stand van de Europese jurisprudentie niet bewust was en soms of hij het er gewoonweg niet mee eens was en een andere koers voer. In andere gevallen was de koers van het EHRM niet goed te voorzien.

Met betrekking tot de zaken waarin zich een gerechtelijke dwaling voordeed was de rol van de Hoge Raad als cassatierechter betrekkelijk gering. Het ging steeds om bewijskwesities, waarbij in drie van de vier gevallen een (achteraf gezien onjuiste) bekentenis een belangrijk onderdeel van de bewijsconstructie uitmaakte en slechts in een geval een klacht op die onjuistheid betrekking had. Alleen in de zaak Lucia de Berk was de bewijsconstructie voluit in cassatie aan de orde, maar hoewel sprake was van een zaak met een ontkennende verdachte, een levenslange gevangenisstraf, een gebrek aan rechtstreeks bewijs en een middels schakelbewijs en het bewijs door middel van een leugenachtige verklaring gewaagde bewijsconstructie, deed de Hoge Raad niets. Mevis merkte in zijn noot tot twee maal toe op dat dit mogelijk anders had kunnen zijn als de leden van de Hoge Raad ernstig hadden getwijfeld aan De Berks onschuld.

Wat aan de in dit hoofdstuk besproken arresten ten eerste opvalt is de – met betrekking tot een aantal onderwerpen, zoals dat van de anonieme getuigen en de afwezige verdachten – overheidsvriendelijke houding van de Hoge Raad. Kortom: een Hoge Raad die koos voor ‘crime control’ en – in het geval van de afwezige verdachte – strengheid: er is niets mis met de beslissing dat de verdachte maar moet komen, ook al woont hij in Mauritius. Ook zou de drang naar efficiency heel wel een rol kunnen spelen: het bieden van tijd aan de raadsman van de afwezige verdachte kost immers tijd en levert extra werk op (hij voert tenslotte verweren die verworpen moeten worden). In een aantal andere gevallen leek het doel veeleer het beschermen van belangen van slachtoffers (zonder daarbij de verdachte aan een veroordeling te laten ontsnappen): dat is in het licht van de toegenomen aandacht voor de positie van het slachtoffer in het strafproces op zichzelf een respectabel doel; het was het gebrek aan aandacht voor de consequenties hiervan voor de verdediging dat de Hoge Raad hier opbrak. Hier speelde dus niet zozeer een hang naar ‘crime control’, als wel een gebrek aan het geven van inhoud aan de rechtsbeschermende taak.

Wat voorts aan die arresten, en de arresten in de Schiedammer Parkmoord en Lucia de B., is opgevallen, is dat door de restrictieve en afstandelijke toetsing die de Hoge Raad hanteert, de wijze waarop hij niet alleen bewijskwesities, maar ook inschattingen van de rechter-commissaris over de gerechtvaardigdheid van anonimiteit van getuigen en oordelen van feitenrechters over de noodzaak van nader onderzoek, vrijwel geheel aan die rechters overlaat, zijn rechtsbeschermende taak

wel erg weinig uit de verf komt. Voor het voorkomen (of herstellen) van onterechte veroordelingen is de Hoge Raad, naar zijn huidige taakopvatting, in wezen ongeschikt. Er mag van uitgegaan worden dat hij dat zelf ook niet tot zijn taken rekent.

De arresten van het EHRM onderscheiden zich significant van de arresten van de Hoge Raad. Dat is ook niet vreemd: het EHRM is immers niet gebonden aan de beperkingen van het instituut cassatie en heeft de bescherming van de mensenrechten als hoofddoel. Dat neemt echter niet weg dat, nu de arresten van beide instanties dankzij het feit dat ze over dezelfde zaken gaan prachtig vergelijkbaar zijn, de arresten van het EHRM in vergelijking met die van de Hoge Raad opmerkelijk prettig leesbaar en overtuigend zijn. Er kan misschien af en toe wat op worden afgedongen, maar in die arresten worden alle relevante feiten uitvoerig weergegeven en ook daadwerkelijk in heldere taal gewogen, waarna het Hof hamert op het waarborgen van de basisrechten van de verdachte of zijn verdediging en tot een in het algemeen begrijpelijk en logisch oordeel komt. Daartegenover steken de arresten van de Hoge Raad met zijn marginale toetsing vaak bleek af.

Zoals werd opgemerkt onder de arresten Van Mechelen en Doerga lijkt het EHRM met veel meer belangstelling te kijken naar wat zich daadwerkelijk heeft afgespeeld dan de Hoge Raad, die vaak onwelwillend overkomt in zijn formele benadering – waarbij moet worden toegegeven dat die eigen is aan de wijze van toetsing in cassatie die de Hoge Raad zich (onverplicht) heeft eigen gemaakt.

Waar het gaat om grondrechten kan de Hoge Raad zich die benadering eigenlijk moeilijk meer permitteren, gelet op de andere benaderingswijze van het EHRM, terwijl voor zaken waarin het bewijs minimaal is, en de voor de verdachte op het spel staande belangen groot, een dergelijke benadering vanuit het perspectief van de rechtsbeschermende taak onwenselijk is.

12 **Beschouwingen en eindconclusies**

12.1 **Inleiding**

Waarom is de Hoge Raad op aarde?¹⁶⁶⁰ Is hij er louter voor het beantwoorden van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling, of ook voor de rechtsbescherming van het individu en het bewaken van de kwaliteit van de rechtspraak?¹⁶⁶¹

Dit is zo ongeveer ook de vraag van mijn onderzoek geweest. Ik heb willen nagaan welke betekenis en plaats toekomen aan de rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad en hoe de Hoge Raad tegenwoordig geplaatst kan worden in het krachtenveld tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming. Daarbij heb ik gezien of zijn positie daarin de laatste 25 jaar veranderd is. Tegelijkertijd heb ik, omdat ik meende dat dat op strafrechtelijk terrein een aanvulling van de bestaande literatuur kon zijn, een uitvoerige beschrijving willen geven van hoe de cassatie, als gewoon rechtsmiddel, theoretisch en praktisch werkt.

Hieronder wordt eerst in vogelvlucht een overzicht gegeven van de voorgaande hoofdstukken. Daarna volgen een beschouwing en enkele conclusies.

12.2 **Een terugblik**

12.2.1 *Herkomst en doel van de cassatie*

In deel I werd eerst in de geschiedenis gekeken om te zien waar de Nederlandse cassatie vandaan komt en hoe die zich heeft ontwikkeld vanaf het moment dat zij hier te lande was ingevoerd. Vervolgens werd besproken wat op dit moment de taken van de Hoge Raad zijn en hoe die moeten worden gezien.

De Franse herkomst

De cassatie is een rechtsmiddel dat zijn wortels heeft in het Franse recht. De oervorm ervan was een machtspolitiek instrument, dat door de koning werd gebruikt om controle te kunnen houden op de rechtspraak. Maar al in de 16^e eeuw begonnen door rechters in het ongelijk gestelde burgers zich steeds vaker tot de koning te wenden, wat ertoe leidde dat dit instrument tot koninklijke interventie ook een rechtsmiddel werd. Langzaam ontwikkelde dit rechtsmiddel zich verder tot de

¹⁶⁶⁰ Dit is een vraag die naar aanleiding van de selectie aan de poort wel wordt gesteld.

¹⁶⁶¹ Deze vraag is ontleend aan Van Duijvendijk-Brand, 2010:553-560.

cassatie. De mogelijkheden voor burgers daarvan gebruik te maken breidden zich steeds verder uit. Het hoofddoel van deze oervorm van de cassatie bleef echter het 'maintien des ordonnances'.

Na de Franse Revolutie kwamen de Franse rechter en de rechtspraak in algemene zin veel meer dan daarvoor ten dienste te staan van de bescherming van de belangen van de 'citoyen' tegen de macht van de Staat. Voor de cassatierechter werd dat echter opnieuw niet de primaire zorg: die was in hoofdzaak gericht op het bewaken van de eenheid van de wettoepassing en de eenheid van de rechtspraak. Hij mocht zich niet of nauwelijks bemoeien met de beslissing in het concrete geval. De cassatiegronden waren toen al verzuim van vormen en schending van de wet, maar werden beperkter opgevat dan tegenwoordig.

De invoering van de cassatie in Nederland

De cassatie werd onder druk van de Fransen in Nederland ingevoerd in de tijd van de Bataafse Republiek en de daarop volgende Franse overheersing. Nederland was tot dan toe een federatie geweest van met elkaar bakkeleierende provincies. In het oud-vaderlandse recht bestond dan ook geen rechtsmiddel dat met de cassatie vergelijkbaar was, al waren er wel voorlopers. Zo kon 'nietigheid in den vorm' worden ingeroepen bij bijvoorbeeld de Staten van Holland, of 'revisie' worden gevraagd aan de Hoge Raad van Holland en Zeeland, waarbij geen nieuwe feiten of bewijsstukken mochten worden ingebracht. Deze voorlopers van de cassatie werden echter weinig gebruikt.

Dit Nederland kreeg in 1810 dus ineens een nieuw centralistisch rechtsmiddel opgedrongen, waarvan zou worden verwacht dat het onmiddellijk na het herkrijgen van de onafhankelijkheid in 1813 weer zou zijn afgeschaft. Dat gebeurde echter niet, al was de formele afschaffing inderdaad zo ongeveer het eerste wat Koning Willem I deed. Dat de cassatie uiteindelijk toch gewoon bleef, was met name te danken aan de tijdelijke eenwording met de Belgen, die een veel sterkere binding met het Franse recht en de daaraan ten grondslag liggende verlichtingsbeginselen hadden dan de Nederlanders. Ook het feit dat het, mede door die eenwording en daarna weer losmaking, eindeloos duurde voordat de nieuwe Nederlandse wetgevende organen het eens konden worden over een eigen wetgeving, droeg daaraan bij. Pas toen die in 1838 werd ingevoerd kwam er eindelijk een eind aan toepassing van het Franse procesrecht, dat bij gebrek aan vervanging al die tijd was blijven gelden. Nederlandse juristen hadden daarmee uiteindelijk dus een hele generatie gewerkt en de oorspronkelijke weerstand was toen wel verdwenen.

De Nederlandse cassatie kreeg echter wel een specifiek eigen trekje mee: de cassatierechter werd een derde instantie, die weliswaar het verbod kreeg onderzoek te doen naar 'daadzaken', maar wel zelf einduitspraken mocht doen, zolang daarvoor tenminste geen nieuw feitenonderzoek nodig was. De reden daarvoor was met name dat men bang was dat anders de (toen nog provinciale) hoven weer als voorheen vooral hun provinciale belangen zouden gaan dienen.

Het primaire doel van de cassatie was ook in Nederland het publieke belang: het scheppen van eenheid in de toepassing van de wet en eenheid in de jurisprudentie. Dat de cassatie daarnaast ook particuliere belangen diende werd algemeen erkend.

Dit bleek ook wel uit het feit dat het een gewoon rechtsmiddel werd en dat niet werd volstaan met cassatie in het belang der wet.

Gesteggel over het voorbestaan van de cassatie

Het is een misverstand te denken dat de cassatie vervolgens een rustig bezit werd. Maar liefst een eeuw lang was het de vraag of zij niet weer zou worden afgeschaft. De onvrede bestond met name met de civiele cassatie, onder meer vanwege het op dat rechtsgebied slecht werkende onderscheid tussen feit en recht. Over de cassatie in strafzaken was men daarentegen over het geheel genomen tevreden, omdat die scheiding daar, zo werd gedacht, veel makkelijker te maken viel. Er waren immers maar twee vragen te beantwoorden: is het feit bewezen en zo ja, is de wet daarop goed toegepast? Een tegengeluid kwam van Van Bemmelen, die het onderscheid tussen feit en recht ook in het strafrecht gekunsteld vond.

Pas een behoorlijk eind in de 19^e eeuw verstomde deze discussie en was de Hoge Raad de onbetwiste top van de rechterlijke piramide.

De juiste toepassing van de wet in het individuele geval als hoofddoel van de cassatie

Rond diezelfde tijd begon, zo zou je kunnen zeggen, het moderne strafrecht. In 1926 werd het Wetboek van Strafvordering ingrijpend gemoderniseerd, waarbij de rechten van de verdachte sterk werden verbeterd. Het procesmodel van de rechtsstrijd werd geïntroduceerd. Kort daarna werd de met deze rechtsstrijd samenhangende slingerbeweging zichtbaar: die tussen de belangen van het individu en de belangen van de gemeenschap.

In de rechtswetenschap brak in diezelfde twintiger jaren het inzicht door dat rechtsvinding meer is dan de simpele toepassing van een norm op de feiten. Scholten introduceerde zijn ‘sprong’: de rechter moet een figuurlijke sprong maken van de feiten naar de norm en creëert aldus de wet toepassend het recht: ‘in de feiten ligt het recht’.

Het belang van een leidinggevende rol van de Hoge Raad daarbij werd niet direct gezien. Uit een artikel van de president van de Hoge Raad van vlak voor de oorlog bleek dat naar zijn idee de voornaamste taak van de Hoge Raad de juiste toepassing van de wet in het individuele geval was, belangrijker zelfs dan het bewaken van de eenheid van de rechtspraak. Dit lijkt een opmerkelijk geluid, nu hieruit moet worden afgeleid dat de president op zijn minst mede doelde op de rechtsbescherming van het individu.¹⁶⁶² Algemeen is immers altijd de opvatting geweest dat de cassatie meer het algemene, dan het individuele belang dient. Desalniettemin is de opvatting die deze president hier naar voren bracht door de jaren heen steeds opnieuw te horen

¹⁶⁶² Het is mogelijk dat de president, Rh. Feith, meer het oog had op de bewaking van de kwaliteit van de rechtspraak, wat mede een publiek belang is. Bovendien valt de uitkomst van de toetsing in cassatie niet altijd in het voordeel van de verdachte uit. Ook in die zin kan juist het maatschappelijk belang bij die toetsing gediend zijn. Dat neemt echter niet weg dat de juiste toepassing van de wet in het individuele geval op zijn minst mede de individuele rechtsbescherming dient.

geweest. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat dat niet hetzelfde is als het zijn van een derde instantie; daarvoor is de Hoge Raad altijd beducht geweest.

Opkomst van de rechtsvormende taak

Enige tijd na de oorlog ontstond het inzicht dat de Hoge Raad als hoogste rechterlijke instantie leiding moet geven aan de manier waarop de wet moet worden geïnterpreteerd. Het recht en de rechtsvinding pasten zich aan aan de veranderende maatschappij, waarin burgers mondiger werden. De wetgever introduceerde vage normen en liet de rechtsontwikkeling soms bewust aan de rechter over. Rechtsbeginselen en bij verdrag vastgelegde mensenrechten werden belangrijk. Toen dat alles eenmaal gebeurde, duurde het niet lang of de rechtsvormende of rechtsontwikkende taak van de Hoge Raad vond alom erkenning, niet in de laatste plaats bij de leden van de Hoge Raad zelf.

Bij gelegenheid van het 150-jarig bestaan van de Hoge Raad in 1988 verscheen een stroom van publicaties, waarvan het leidmotief was dat rechtsvorming zelfs de belangrijkste taak van de Hoge Raad moest zijn. Het strafrecht, in het bijzonder het strafprocesrecht, bleef hierbij niet buiten schot; het werd niet langer beschouwd als een rechtsgebied waarop – vanwege het legaliteitsbeginsel – weinig aan rechtsvorming kon worden gedaan, zoals in de jaren daarvoor vaak was betoogd. Slechts een enkeling herinnerde eraan dat ook de rechtsbeschermende taak belangrijk was. Mogelijk was dat echter het gevolg van het feit dat rechtsvorming het thema van de viering van het jubileum was; Vranken stelde in 2009 dat tot kort daarvoor het recht doen in individuele gevallen in het algemeen als de belangrijkste taak van de Hoge Raad werd beschouwd, hetgeen bevestigt wat in 1938 de toenmalige president van de Hoge Raad te berde bracht.

Wat daarvan zij, vanaf de jaren tachtig nam de aandacht van de Hoge Raad zelf voor zijn rechtsvormende werk alleen nog maar toe, mede geïnspireerd door het feit dat hij te kampen kreeg met een steeds grotere instroom van zaken, waarvan een groot deel door de raadsheren oninteressant of niet geschikt voor cassatie werd gevonden. Vanaf het midden van de jaren tachtig begon de wetgever de Hoge Raad te helpen om van die oninteressante en/of ongeschikte zaken af te komen, dan wel daaraan zo weinig mogelijk tijd en aandacht te hoeven besteden. Dat begon met het invoeren van 3-kamers, successievelijk gevolgd door de mogelijkheid van de verkorte motivering, de verplichte procesvertegenwoordiging – gepaard gaande met sterke beperking van de ambtshalve cassatie – en ten slotte, als (uitdrukkelijk voorlopig) sluitstuk, de selectie aan de poort. Steeds werden deze wetswijzigingen op instigatie van de Hoge Raad zelf voorgesteld en nu zijn er voortekenen dat de Hoge Raad op termijn graag een ‘echt’ verlostelsel zou zien. De reden daarvoor is overigens niet, althans niet alleen, dat hij af wil van zaken ‘die in cassatie niet thuishoren’, maar ook dat hij zich ziet gesteld voor juridische uitdagingen waaraan hij meer aandacht wil besteden. Hij wil daarom het liefst zo veel mogelijk rechtsvragen behandelen en slechts ingrijpen in beslissingen die alleen het individu raken, als daar echt iets aan de hand is.

Gevolgen voor de rechtsbeschermende taak

Intussen is het gevolg van deze ontwikkelingen dat de individuele rechtsbescherming over de hele linie, die de Hoge Raad tot in de jaren tachtig in ruime mate bood, met name door alle aan hem voorgelegde zaken ook ambtshalve te beoordelen, aanmerkelijk is afgenomen. Tegenwoordig wordt grofweg de helft van het aantal binnengekomen beroepen niet-ontvankelijk verklaard omdat geen middelen door een raadsman zijn ingediend. Van de overgebleven helft wordt ongeveer de helft op de voet van artikel 81 RO afgedaan. Dat gebeurt niet alleen in evidente gevallen. Het komt voor dat de advocaat-generaal in de betreffende zaak tot vernietiging concludeerde, of dat de raadsman die de middelen indiende oprecht meende dat indringende vragen waren gesteld die een antwoord verdienden. Zelfs heeft het EHRM eens een in cassatie met een verkorte motivering verworpen klacht gegrond geacht. Ambtshalve vernietiging komt nog weinig voor.

Mocht in de toekomst een echt verlostelsel worden ingevoerd en de Hoge Raad zich daadwerkelijk grotendeels zal beperken tot de behandeling van rechtsvragen, dan is de individuele rechtsbescherming door de Hoge Raad nog slechts voorbehouden aan een beperkt aantal zaken. Die rechtsbescherming wordt dan overgelaten aan de hoven. De Hoge Raad stelt zelf dat de feitenrechters beter in staat zijn tot het bieden van de nodige bescherming op individueel niveau dan hij. De kwaliteit van het werk van die feitenrechters blijkt echter bepaald niet altijd perfect, er worden bij de hoven veel fouten gemaakt. Daar ligt dus een belangrijk punt van zorg.

Wel gebleven en zelfs versterkt: controle op motiveringen

De toestroom van strafrechtelijke cassaties gaat intussen onverminderd door. Kennelijk zien de justitiabelen nog steeds heil in een beroep op de hoogste rechter. Dat is ook niet verwonderlijk: de Hoge Raad biedt, mits voldoende verweer is gevoerd, door zijn soms scherpe controle op de deugdelijkheid van motiveringen, waaronder ook bewijsmotiveringen, nog steeds een reële mogelijkheid op succes voor veroordeelden die zich niet in beslissingen en daaraan ten grondslag liggende redeneringen kunnen vinden. Rechtsvragen hoeven dus (nog steeds) helemaal niet aan de orde te zijn om toch de aandacht van de Hoge Raad te krijgen. Van het wegvallen van de rechtsbeschermende taak is tot nu dus zeker nog geen sprake.

12.2.2 De drie taken van de Hoge Raad

Drie taken worden aan de Hoge Raad toegeschreven: de bewaking van de rechtseenheid, de vorming of ontwikkeling van het recht en ook het bieden van (individuele) rechtsbescherming.

Rechtseenheid

De bewaking van de rechtseenheid is de meest vanzelfsprekende, en ook de oudste, van de drie. Tegelijkertijd is het een lastige. Niet alleen vraagt de rechtseenheid immers dat de regels voor iedereen gelijk zijn, maar ook dat die op iedereen gelijk worden toegepast. Dat nu is voor de Hoge Raad een onmogelijke opgave,

hoofdzakelijk omdat hij over slechts een fractie van het totale aantal strafzaken oordeelt. Daarnaast speelt een rol dat de uitkomst van een procedure in hoge mate afhangt van de omstandigheden van het geval, die de Hoge Raad slechts marginaal toetst.

Rechtsvorming

De rechtsvormende taak is in de ogen van velen tegenwoordig als gezegd de belangrijkste. Ook de Hoge Raad zelf beschouwt het als zijn hoofdplicht door middel van het geven van richtinggevendende uitspraken leiding te geven aan de feitenrechters.

Deze taak zou samenhangen met de cassatiegrond 'schending van het recht', omdat de Hoge Raad met name recht zou vormen door het beantwoorden van rechtsvragen. In de praktijk is dat echter niet bepaald waar. In veruit de meeste gevallen vernietigt de Hoge Raad wegens een motiveringsgebrek. De betreffende arresten worden regelmatig benut om de feitenrechters te voorzien van maatstaven of andere algemene regels. Of wordt vernietigd wegens schending van het recht of wegens een vormverzuim maakt dus voor het rechtsvormend gehalte van de uitspraak eigenlijk niet zoveel uit.

Opvallend is dat de Hoge Raad de afgelopen 25 jaar zijn eigen arresten steeds uitvoeriger is gaan motiveren: de arresten zijn aanmerkelijk langer geworden. Jammer voor de inzichtelijkheid en de kwaliteit van de rechtsvorming in het strafrecht is echter het gebrek aan (een uitleg omtrent de) achterliggende methodologie bij het uitzetten van de jurisprudentiële lijnen, iets waar Rozemond regelmatig op wijst. Uit het jurisprudentie-onderzoek kan de voorzichtige conclusie worden getrokken dat waar de Hoge Raad zijn eigen regels wel van uitleg voorziet, en dat doet hij vaak bij de interpretatie van nieuwe wetsbepalingen, hij zich vaak op de wetshistorie baseert. Waar hij in de onderzochte periode aan de bedoeling van de wetgever voorbij ging, of extensief interpreteerde, beriep hij zich op de ratio van de wet, die een bepaalde groep beoogt te beschermen. De interpretatie en toepassing van de rechten uit het EVRM motiveert hij vaak helemaal niet. Daar volstaat hij met het vertalen van jurisprudentie van het EHRM in vuistregels voor de praktijk. Datzelfde geldt voor algemene regels voor de interpretatie van algemene begrippen, of ze nu van materieel- of formeelrechtelijke aard zijn. Hij gaat nooit 'in debat' met de (straf)rechtswetenschap en slechts incidenteel met zijn advocaten-generaal. Rechtstheoretische of -filosofische beschouwingen hoeven we van de Hoge Raad niet te verwachten.

Rechtsbescherming

Met 'rechtsbescherming' als taak van de Hoge Raad wordt gewoonlijk bedoeld op de rechtsbescherming van de rechtszoekende – in het strafrecht de verdachte – tegen fouten die de lagere rechter in zijn nadeel maakt.

Die koppeling aan de individuele belangen is echter te beperkt, in ieder geval waar het gaat om de strafkamer van de Hoge Raad. Dat komt doordat onvoldoende oog bestaat voor het rechtsstatelijke aspect van die taak. De kern van de rechtsstaat is immers dat de burger in het recht bescherming vindt tegen machtsmisbruik door

de overheid. Die bescherming moet worden geboden door rechters. Het kan niet anders dan dat de Hoge Raad, als hoogste rechter, daarin een belangrijke rol speelt. Aan rechtsbescherming in die brede zin kan hij zowel door middel van individueel als door algemeen rechtsbeschermende uitspraken inhoud geven.

Nu bestaat niet zozeer de indruk dat de Hoge Raad zich aan deze algemene rechterlijke taak zou willen onttrekken, of met zijn rechtsvormende uitspraken nooit het bieden van rechtsbescherming zou beogen. Integendeel, dat laatste benadrukt hij nu juist in zijn verdediging van de selectie aan de poort. De vraag is echter hoe hoog het rechtsbeschermend gehalte van zijn rechtsvormende uitspraken is.

Rechtspolitieke keuzes

Met die vraag wordt het rechtspolitieke terrein betreden; het terrein waar de eerdergenoemde slinger tussen de individuele en de algemene belangen heen en weer gaat. De Hoge Raad kiest daarin zelf ook voortdurend positie. Het maken van die keuze hangt natuurlijk nauw samen met zijn visie op het strafrecht: waartoe dient dat eigenlijk? Daarover laat hij zich nooit expliciet uit. Aan de hand van de twee belangrijkste stromingen in het denken over de functie van het strafrecht, de instrumentele en de juridiserende, kan echter wel worden nagegaan hoe de Hoge Raad daar waarschijnlijk in staat.

De instrumentele stroming beschouwt het strafrecht als instrument van de Staat ter bestrijding van de criminaliteit. Daarbinnen spelen verdedigingsrechten wel een rol, maar zeker geen overheersende. Uitspraken van de rechter dienen er binnen deze opvatting hoofdzakelijk toe misdaad te bestraffen en het optreden van de Staat binnen de door het recht getrokken grenzen te legitimeren.

De juridiserende stroming ziet het strafrecht als een systeem dat hoofdzakelijk dient ter normering en regulering van de macht van diezelfde Staat ter bescherming van de burger. Bestrafing van crimineel gedrag is legitiem, maar alleen wanneer dat gebeurt in een eerlijk proces, waarin regels en beginselen tot gelding komen.

Opvalt dat de huidige president van de Hoge Raad de instrumentele stroming lijkt te omarmen en de juridiserende stroming als ‘onrealistisch’ lijkt te typeren. Dat is ook geen grote verrassing, nu de instrumentele stroming als ‘hoofdstroming’ geldt en de juridiserende stroming als ‘tegenbeweging’. Hoogste rechters zijn in het algemeen nu eenmaal meestal gouvernementeel.

Dat neemt niet weg dat zij op bepaalde onderwerpen activistisch kunnen zijn en zelfs de wetgever de voet dwars kunnen zetten.¹⁶⁶³ Ook de strafkamer van de Hoge Raad deed dat een enkele keer.¹⁶⁶⁴

¹⁶⁶³ Dat een hoogste rechterlijk college zelfs activistisch kan zijn wordt aangetoond door het ‘Warren Court’, het Amerikaanse Supreme Court in de jaren tussen 1953 en 1969 onder Earl Warren als Chief Justice. In deze periode stond het college pal voor burgerlijke rechten en vrijheden. Zie O’Douglas, 1980.

¹⁶⁶⁴ Bijv. toen de wetgever met betekening van de dagvaarding aan het GBA-adres wilde volstaan en toen de wetgever het noodzaakcriterium toegepast wilde zien op getuigen die in hoger beroep niet binnen twee weken na het instellen van appel waren opgegeven.

12.2.3 *Het instrumentarium van de Hoge Raad*

Alleen aan de hand van de jurisprudentie kan het rechtsbeschermend gehalte van uitspraken van de Hoge Raad worden gewaardeerd. Nu het de bedoeling van het onderzoek was dat ook te doen, moest natuurlijk eerst zijn instrumentarium worden bekeken: wat heeft de wetgever de Hoge Raad als opdracht meegegeven, welke bevoegdheden heeft hij hem daartoe aangereikt en hoe maakt de Hoge Raad daar gebruik van? Hoe rechtsbeschermend kan hij eigenlijk zijn? Dat werd onderzocht in deel II, waarop nu een terugblik volgt.

De cassatiegronden

De Hoge Raad heeft de grondwettelijke taak aan hem voorgelegde rechterlijke uitspraken te vernietigen wanneer daardoor het recht is geschonden. Als tweede cassatiegrond is daaraan in de Wet RO toegevoegd het verzuim van vormen, maar in de visie van de Grondwetgever levert ook een vormverzuim, als inbreuk op een procedurele rechtsregel, schending van het recht op. Wat dat betreft is het verschil tussen beide dan ook niet erg relevant.

Relevant is daarentegen wel het verschil tussen rechtsvragen en feitelijke vragen, waarmee het onderscheid tussen de cassatiegronden samenhangt. Een beslissing over de interpretatie van een rechtsregel wordt door de Hoge Raad vol getoetst, andere beslissingen slechts marginaal. De praktijk leert dat uitspraken van de Hoge Raad over rechtsvragen aanzienlijk minder vaak voorkomen dan uitspraken over vormverzuimen. Daarvan vormen motiveringsgebreken veruit de belangrijkste categorie: als de Hoge Raad een uitspraak vernietigt doet hij dat meestal wegens een motiveringsgebrek.

Hot item 1: de motivering

De motivering was dan ook een van de 'hot items' van deel II.

Dat kwam met name doordat de Hoge Raad daaraan de afgelopen 25 jaar aanmerkelijk hogere eisen is gaan stellen. Als in die periode ergens een kleine revolutie in het strafrecht heeft plaatsgevonden dan is het wel daar. Vergelijk maar eens uitspraken uit de jaren tachtig met die van nu, zowel van feitenrechters als die van de Hoge Raad zelf.

De Hoge Raad dwong de feitenrechter tot steeds meer motivering: eerst om diens uitspraken zelf beter te kunnen controleren, later om meer transparantie te creëren voor de buitenwacht en te zorgen dat de procespartijen antwoord kregen op indringend ingenomen standpunten. Ook de procespartijen zelf ontsnapten overigens niet aan de verplichting tot motivering van hun standpunten en verzoeken: het strafproces werd civieler. Dat had weer als nadeel dat de eigen verantwoordelijkheid van de rechter voor de uitkomst van het proces wat naar de achtergrond werd gedrongen en verdachten afhankelijker werden van de kwaliteit van hun raadsman. Dat doet echter aan het belang van de uitbreiding van de motiveringsverplichtingen zelf niet af. Het is de transparantie van de strafrechtspraak zeer ten goede gekomen.

Duidelijke inhoudelijke eisen aan motiveringen heeft de Hoge Raad daarentegen nooit gesteld. De belangrijkste inhoudelijke eis is altijd geweest dat de redenering

concludent moet zijn. In het algemeen is daarnaast voldoende dat een motivering de door de rechter relevant geachte feiten en de daarop toegepaste rechtsregel bevat. Het denk- en waarderingsproces van de rechter hoeft er in het algemeen niet in tot uiting te komen. De feitenrechter behield altijd een ruime vrijheid zijn eigen waardering van de feiten aan zijn oordeel ten grondslag te leggen.

Een belangrijke verandering deed zich daarin echter voor toen de regeling omtrent het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt haar intrede deed. De Hoge Raad geeft daaraan, kennelijk vanuit het belang dat hij hecht aan het contradictoire karakter van de procedure, een ruime uitleg. Dat betekent dat de feitenrechter nu ook verantwoording dient af te leggen omtrent zijn selectie en waardering van de feiten, wanneer juist die het essentiële punt van het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt vormen. Door die uitleg ontkomt de Hoge Raad er niet langer aan in ieder geval in die gevallen feitelijke oordelen indringend te toetsen.

Hot item 2: het onderscheid tussen feit en recht

Dat laatste is de opmaat naar het nog hottere item van deel II: het onderscheid tussen feit en recht. De Hoge Raad benadrukt zelf voortdurend dat hij geen feitenrechter is en dat hij de vaststelling en waardering van feiten aan de lagere rechters overlaat. Dat is echter geen houdbaar standpunt. Want natuurlijk spelen de feiten ook in cassatie een heel belangrijke rol. Dat is met name het geval bij gemengde beslissingen, waarin vage normen worden ingevuld. Die invulling is een kwalificatieve arbeid, niet in de strafrechtelijk-formele betekenis van het woord, maar in de zin van de waardering van feiten onder een begrip. Precies daar ligt de vermenging tussen feit en recht.

Daar kan de Hoge Raad natuurlijk niet buiten blijven en dat is in zijn jurisprudentie ook terug te zien. Zo heeft hij enige tijd de gewoonte gehad zelf de (door het hof vastgestelde) feiten te recapituleren waarvan hij bij zijn verdere beoordeling zou uitgaan. Daarbij kregen die feiten soms een iets andere kleuring dan het hof daaraan gegeven had. Ook komt het – ook nu nog – voor dat de Hoge Raad zelf expliciet aangeeft welke van de door het hof vastgestelde feiten hij doorslaggevend voor een bepaald oordeel acht. Dan kan toch moeilijk worden volgehouden dat hij die feiten niet ook waardeert.

Maar ook puur feitelijke vaststellingen en beslissingen worden door de Hoge Raad op hun begrijpelijkheid getoetst. Daarbij worden regelmatig blikken ‘achter de papieren muur’ geworpen. Zo nu en dan doet de Hoge Raad zelfs – verkapt – aan feitenvaststelling. Zo wordt een enkele keer een stuk achter die papieren muur vandaan gehaald en in de beoordeling betrokken. Een beter op de Hoge Raad toepasselijke uitdrukking zou dan ook zijn dat hij geen ‘nieuwe feiten’-rechter is.

Deze constatering nodigde uit te bezien hoe in de wetenschappelijke literatuur nu eigenlijk over het onderscheid tussen feit en recht werd en wordt gedacht. Daaruit bleek al snel dat het onderwerp vanuit twee totaal verschillende invalshoeken kan worden benaderd.

Bezien vanuit de dogmatiek kan niet anders dan geconstateerd worden dat het onderscheid onhoudbaar is: het recht ligt immers in de feiten zelf, zei Scholten al.

Feitenvaststelling en norminterpretatie werken op elkaar in en de taak van de rechter is dat in concrete gevallen te laten plaatsvinden. De rol van de feiten in de rechtsvinding is sinds de tijd van Scholten alleen maar belangrijker geworden. De huidige manier van rechtsvinding wordt contextualisme of casuïstiek genoemd – uit die benamingen blijkt al hoezeer de omstandigheden van het geval daarin een rol spelen. Niemand verdedigt dan ook meer dat het onderscheid tussen feitelijke en rechtsbeslissingen dogmatisch houdbaar is. Algemeen wordt begrepen dat het feit dat dit onhoudbare onderscheid nog steeds wordt gehanteerd verklaard moet worden vanuit een heel andere invalshoek, te weten dat van de doelmatigheid. Het onderscheid is een instrument dat de Hoge Raad gebruikt om de taakverdeling tussen de feitenrechter en hemzelf te markeren en desgewenst te verschuiven, waardoor hij zijn zaaksaanbod kan beïnvloeden. Hij kan de feiten wel toetsen en waarderen (er is geen wet die hem dat verbiedt), maar hij wil het niet. Intussen doet hij het soms toch. Dat is bijvoorbeeld het geval als hij de (feitelijke) indruk heeft dat de zaak tot een materieel ernstig onjuiste uitkomst heeft geleid. Geen wonder dat advocaten moeite hebben hierop te anticiperen! Die stellen immers juist vaak cassatie in omdat zij (of hun cliënten) vinden dat van zo'n ernstig onjuiste uitkomst sprake is.

Er wordt dan ook hier en daar wel gepleit voor een heroverweging van het cassatiesysteem.

De conclusie met betrekking tot de bevoegdheden van de Hoge Raad luidt dat de Hoge Raad (bijna) alles kan, als hij maar wil. Zeker het waarderen van feiten valt binnen zijn competentie, voorzover die feiten hem uit het dossier bekend kunnen zijn.

12.2.4 *De jurisprudentie tussen 1988 en 2012*

In deel III werd de jurisprudentie aan een uitgebreide steekproef onderworpen. De centrale vraag hierbij was hoe de Hoge Raad zich in de periode tussen 1988 en 2012 had bewogen in het spanningsveld tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming. Zwart-wit gesteld: wanneer koos hij de kant van de overheid, en wanneer die van de verdachte? Had Corstens gelijk toen hij stelde dat, ondanks de repressieve wind die onmiskenbaar waait, per saldo toch kan worden gesproken van een versteviging van de positie van de verdachte, mede onder invloed van de Straatsburgse jurisprudentie?

De periode vóór 1988

Begonnen werd met een terugblik in de jurisprudentie van de jaren zestig en zeventig. Een roerige tijd, waarvoor de individuele vrijheid en mondigheid kenmerkend waren. In die tijd was de Hoge Raad op het gebied van het eerlijke proces licht activistisch te noemen. Hij gaf zijn rechtsbeschermende taak meer gestalte dan daarvoor, met name door de processuele positie van de verdachte te versterken en de mogelijkheid van processuele consequenties van onrechtmatigheden in het vooronderzoek te aanvaarden. Op materieelrechtelijk vlak speelde het legaliteitsbeginsel een belangrijke rol. Aan de andere, instrumentele,

kant was de Hoge Raad niet erg geneigd grenzen te stellen aan nieuwe opsporings- en vervolgingsmethoden. Zo liet hij de anonieme getuige vrijwel onvoorwaardelijk in het geding toe.

In de onderzochte periode volgde de Hoge Raad ook weer langzaam de maatschappelijke repressievere tendens. Hij werd steeds terughoudender waar het ging om de bescherming van de verdachte, al was het beeld niet over de hele linie van de onderzochte thema's gelijk.

Vormverzuimen

De sanctionering van vormverzuimen speelde de afgelopen 25 jaar een grote rol in de jurisprudentie. Enerzijds was die rechtsbeschermend van karakter. De Hoge Raad riep, met name aan het begin van de onderzochte periode, diverse onderzoeks- en motiveringsverplichtingen in het leven, interpreteerde het begrip 'vormverzuimen' ruim en benadrukte het belang van verbalisering. Zo zorgde hij ervoor dat het optreden van politie en justitie vanaf het eerste – verkennende – begin in de rechterlijke toetsing kan worden betrokken. Daarnaast bouwde hij een raamwerk voor de beoordeling daarvan, dat later door de wetgever werd gecodificeerd.

Aan de andere kant heeft hij de maatstaven voor het bepalen van de gevolgen van vormverzuimen in de loop van de jaren steeds zuiniger geformuleerd. Nadrukkelijk werd de mate waarin het belang van de verdachte is geschonden daarvoor de enige maatstaf, waarbij de begrippen 'belang' en 'nadeel' ook nog eens uitermate beperkt worden geïnterpreteerd. De Hoge Raad lijkt, behoudens bij hoge uitzondering, afstand te hebben genomen van de rechtsstaatgedachte als enige fundering voor het verbinden van gevolgen aan vormverzuimen.

In de onderzochte periode was veel te doen over de aanvankelijk buitenwettelijke 'bijzondere opsporingsmethoden'. In het Zwolsman-arrest bleek dat de Hoge Raad aan het gebruik daarvan geen halt toeriep, of daaraan geen werkelijk beperkende voorwaarden stelde, evenmin als hij dat gedaan had met de anonieme getuige.

Al bij al kon met betrekking tot de jurisprudentie over vormverzuimen over de afgelopen 25 jaar vanuit rechtsbeschermend perspectief de conclusie worden getrokken dat ten opzichte van 1988 de transparantie van de strafrechtelijke procedure weliswaar is toegenomen, mede doordat een duidelijk beoordelingskader werd gecreëerd, maar dat tegelijkertijd de belofte die besloten lag in de aanvaarding van de exclusionary rule – het waarborgen door de rechter van correct en integer handelen door politie en justitie – niet is ingelost.

'Fair trial'

Het fair trial, met zijn vele aspecten, vormde een tweede rode draad door de jurisprudentie. Ook hier is het beeld niet eenduidig.

De Hoge Raad waarborgde het aanwezigheidsrecht in deze periode met kracht en corrigeerde zelfs de wetgever. Ook benadrukte hij de kernrol van de raadsman op de zitting door de rechter een onderzoeksplicht op te leggen bij diens onverwachte afwezigheid. Het onmiddellijkheids-beginsel werd meer leven ingeblazen. De feitenrechter werd gemaand verzoeken van de verdediging tot het horen van getuigen – bij toepasselijkheid van het verdedigingsbelang – slechts marginaal te

toetsen (al lijkt de verdediging haar verzoeken de laatste tijd meer te moeten onderbouwen). Ook kreeg de rechter de verplichting bij de toepassing van het noodzaaks criterium het ontbreken van noodzaak motiveren. Rechtsbeschermend was tevens het stokje dat de Hoge Raad stak voor de beperking van de toepasselijkheid van het verdedigingscriterium in hoger beroep door de onmogelijke wettelijke eis getuigen op te geven in de appelschriftuur op een moment dat nog geen uitgewerkt vonnis voorhanden is.

Met betrekking tot de interne openbaarheid is het beeld gemengd. De Hoge Raad heeft een ruim criterium opgesteld voor in het procesdossier te voegen stukken, te weten alles wat voor de positie van de verdachte van belang is. De invulling van dat criterium laat hij echter over aan de officier van justitie, waardoor de verdediging met lege handen staat voor zover zij met de resultaten van het opsporingsonderzoek onbekend is. Zoals steeds gaat de Hoge Raad uit van het vertrouwen in gerechtelijke autoriteiten en legt hij daar de verantwoordelijkheid. De *equality of arms* is hier echter in het geding.

Weinig rechtsbeschermend was en bleef de Hoge Raad waar het ging om bijstand aan de verdachte tijdens het politieverhoor, aan de afwezige verdachte en (later, nadat de gemachtigd raadsman was ingevoerd) aan de afwezige verdachte die zijn raadsman niet heeft gemachtigd.

Hetzelfde geldt voor arresten over anonieme getuigen en het gebruik van hun verklaringen voor het bewijs. De Hoge Raad toetste hun inzet slechts marginaal en bleek weinig gevoelig voor klachten over belemmeringen die de verdediging daardoor ondervond. Expliciete waarschuwingen van diverse advocaten-generaal werden genegeerd. Meermalen constateerde het EHRM dat daardoor sprake was van schending van artikel 6 EVRM.¹⁶⁶⁵ Pas daarna ‘gehoorzaamde’ de Hoge Raad. Met betrekking tot beslissingen over de inzet van kroongetuigen veroordeelde het EHRM Nederland nooit, maar ook daar was geen sprake van krachtig rechtsbeschermend optreden door de Hoge Raad. Die stelde zich terughoudend op en besloot dat de wetgever hier aan zet was.

De meest drastische wijziging ten opzichte van 1988 ten slotte, is de sanctiëring van de schending van de redelijke termijn. Van niet-ontvankelijkheid na twee jaar ‘stilliggen’, is de rechtspraak geëvolueerd tot algehele afschaffing van de niet-ontvankelijkheid als sanctie op dit verzuim. Enige compensatie voor de onzekerheid waarmee de verdachte heeft geleefd is zelfs lang niet altijd meer aan de orde. Ook dit tekent de verschuiving van de focus: niet langer wordt de Staat gemaand procedures binnen een aanvaardbare termijn te voeren, maar wordt de sanctie slechts beschouwd als middel om het veronderstelde leed van de verdachte te compenseren.

¹⁶⁶⁵ De uitspraken van het EHRM in de zaken *Al-Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk* (EHRM 15 december 2011, appl. nrs. 26766/05 en 22228/06) en *Ellis, Simms & Martin t. Verenigd Koninkrijk* (EHRM 10 april 2012, appl. nrs. 46099/06 en 46699/06) doen aan die verwijten niet wezenlijk af, nu het EHRM weliswaar minder streng is geworden op het gebruik van die verklaringen voor het bewijs, maar niet op de compensatie die de verdediging moet worden geboden.

Alles overziende moet met Corstens worden gezegd dat de jurisprudentiële regels van de Hoge Raad anno 2012 met betrekking tot een 'fair trial' over het geheel genomen meer rechtsbescherming bieden dan in 1988 het geval was. Waar het om de processuele waarborgen van de verdachte gaat, zoals het aanwezigheidsrecht en het recht op het horen van 'gewone' getuigen, is dat te zien als een voortzetting van de lijn die in de jaren zestig en zeventig was ingezet. Voor het overige lijkt dit echter slechts te danken aan het schoorvoetend en soms zelfs kennelijk contre coeur volgen van de aanwijzingen van het EHRM. Dat roept de vraag op wat er in het Nederlandse strafprocesrecht zou zijn gebeurd als het EHRM er niet was geweest.

Een meer contradictoir strafproces

Een belangrijke verandering in het strafproces van met name de afgelopen ongeveer 10 jaar is dat de Hoge Raad een meer civiele benadering is gaan voorstaan. Het begon met een uitbreiding van de motiveringsverplichtingen van de rechter, maar die werd gevolgd door een soort 'stel- en onderbouwingsverplichting' van de verdediging, bij gebreke waarvan de rechter niet op het verweer hoeft in te gaan. Vanuit rechtsbeschermend perspectief is door de verbeterde motivering van vonnissen en arresten die (mede) van deze strengere motiveringseisen het gevolg was, sprake van een belangrijke vooruitgang ten opzichte van 1988. Anderzijds betekenen de beperking van de ambtshalve verplichtingen van de feitenrechter, die een ander gevolg is van de meer contradictoire procedure, en het grotendeels wegvallen van de ambtshalve controle door de Hoge Raad zelf, echter een achteruitgang ten opzichte van dat jaar.

Ook hier speelt een principiële kwestie: als het doel van het strafproces is tot een zoveel mogelijk rechtvaardige uitkomst te komen, dan verhoudt zich dat in het huidige gematigd inquisitoire systeem slecht met een verschuiving van de verantwoordelijkheid daarvoor van de rechter naar de verdediging.

Materieelrechtelijke onderwerpen

In het materiële recht greep de Hoge Raad rechtsbeschermend in op de gebieden van het voorwaardelijk opzet, de noodweer en het noodweerexces en zette hij zijn rechtsbeschermende lijn op het gebied van de euthanasie door. Een gemeenschappelijk kenmerk van de beschermde categorieën lijkt aanwezig: het betreft veelal mensen zonder 'criminele inslag', mensen die eenmalig met justitie in aanraking komen: dronken jongeren die in de kroeg met glazen zwaaien of gooien, mensen die de moed opbrengen zich te verweren tegen 'de brutalen van deze wereld', minnaars met HIV, artsen die patiënten uit hun lijden verlossen. Mensen aan wie materieel beschouwd wellicht onrecht zou worden gedaan door een veroordeling voor een misdrijf. Zou de Hoge Raad dat laten meewegen? Je kunt er alleen maar naar gissen.

Veel meer dienstig aan de criminaliteitsbestrijding was de jurisprudentie over de overige onderzochte onderwerpen.

Het begrip medeplegen werd verruimd doordat het zich niet-distantiëren nu ook een rol kan spelen in de beoordeling van de vraag of sprake is van de voor

medeplegen benodigde nauwe en volledige samenwerking, zij het alleen onder bijzondere omstandigheden. Die bijzondere omstandigheden lijken samen te hangen met de ernst van het delict. Als dat schokkend was, werden de jurisprudentiële grenzen nog wel eens opgerekt.

Aan de enorme opmars van artikel 140 Sr in het strafrecht heeft de Hoge Raad nauwelijks grenzen gesteld. De maatstaf van het duurzame samenwerkingsverband is zo reukeloos als de feitenrechter dat wil.

Hetzelfde beeld werd gezien bij andere onderwerpen.

Vorbereidingshandelingen: een ruime interpretatie van het begrip ‘kennelijk bestemd tot’. Zedendelicten: ruime tot zeer ruime interpretatie van bestanddelen als ‘seksueel binnendringen’, ‘in voorraad hebben’ en ‘seksuele gedraging’. Openlijk geweld: strikte toepassing van het legaliteitsbeginsel, totdat in 2000 ‘met verenigde krachten’ werd gewijzigd in ‘in vereniging’, daarna: een ruime interpretatie.

Vrijwel steeds baseerde de Hoge Raad zich hierbij op de wetsgeschiedenis. Zijn jurisprudentie kwam overeen met wat daaruit als bedoeling van de wetgever kon worden gelezen en bovendien ook met wat op dat moment in de overheersende stroming, politiek en wellicht ook maatschappelijk, wenselijk werd geacht. Waar de wetgeving dus repressief was, was de Hoge Raad dat ook. Op het gebied van de zedendelicten was zelfs een paar keer van onverwacht extensieve interpretatie sprake en was de Hoge Raad zelfs nog repressiever dan de wetgever leek te hebben bedoeld – al was diezelfde wetgever het daarmee achteraf niet oneens. Het legaliteitsbeginsel lijkt niet meer te worden gehanteerd om het bereik van de wet beperkend te interpreteren. De Hoge Raad probeerde in de onderzochte uitspraken de wettelijke begrippen niet nader te omkaderen en volgde in het algemeen de – repressieve – bedoelingen van de wetgever.

De ‘missers’

De problematiek van de anonieme getuigen is natuurlijk voor de Hoge Raad het (naar mag worden aangenomen) pijnlijkste onderwerp: maar liefst vijf maal werd hij in de onderzochte periode gecorrigeerd. In totaal werden in de afgelopen 25 jaar twaalf keer uitspraken van de Hoge Raad in Straatsburg gewogen en te licht bevonden. De minimalistische benadering waar het gaat om het in acht nemen van de jurisprudentie van het EHRM wreekte zich keer op keer. Een paar keer was de schending zelfs voorzienbaar, maar dat risico nam de Hoge Raad kennelijk voor lief.

Mogelijk heeft de eigenwijsheid van de Hoge Raad ten opzichte van het EHRM te maken met een verschil van inzicht. De laatste tijd ligt het EHRM onder vuur, omdat het het EVRM te ruim zou interpreteren. Misschien behoort de Hoge Raad tot de critici. Maar ook kan het zijn dat het inquisitoire systeem, of de nationale procescultuur, meebrengt dat de Hoge Raad anders oordeelt dan het EHRM. Fokkens heeft erop gewezen dat in ons systeem wordt uitgegaan van de eindverantwoordelijkheid van de rechter voor de waarheidsvinding. Dat betekent dat het belangrijker is dat hij, de rechter, zich voldoende geïnformeerd acht om te kunnen beslissen, dan dat de verdediging zijn ondervragingsrecht heeft kunnen uitoefenen. Daarbij komt dat in de Nederlandse strafrechtspraak in beginsel wordt uitgegaan van vertrouwen in de opsporende en vervolgende instanties. Dat doet het

EHRM niet. Dat hof gaat meer uit van accusatoire beginselen waarin die instanties als tegenpartij van de verdachte dat vertrouwen niet *a priori* genieten. Per definitie is daar bovendien de Staat de aangeklaagde partij. Daarvan is een veel rechtstreekser en indringender toetsing van overheidsoptreden het gevolg.

Ten slotte speelt de afstandelijke toetsing die inherent is aan de cassatierechtspraak in een aantal zaken een rol. Het EHRM is geen cassatiehof en toetst, anders dan de Hoge Raad, ook de feiten onbeperkt.

Met betrekking tot de zaken waarin zich een gerechtelijke dwaling voordeed was de rol van de Hoge Raad, met uitzondering van de zaak van Lucia de Berk, betrekkelijk gering. In laatstgenoemde zaak had de Hoge Raad echter meer kunnen doen om riskante bewijsconstructies aan banden te leggen.

12.3 Eindconclusies

De belangrijkste conclusies die ik uit al het voorgaande heb getrokken en gedachten die ik naar aanleiding van mijn onderzoek, en tegen de achtergrond van de in de inleiding gestelde vragen, heb gevormd zijn de volgende.

12.3.1 *De Hoge Raad zou ook gemengde beslissingen vol moeten gaan toetsen*

De Hoge Raad zou moeten ophouden met het hanteren van het onhoudbare onderscheid tussen feitelijke en rechtsbeslissingen, in ieder geval (maar eigenlijk niet alleen) waar het gaat om gemengde beslissingen – en dat zijn de meeste. Het grote bezwaar van dit kunstmatige onderscheid is dat het zorgt voor onnodige onduidelijkheid, onvoorspelbaarheid en ‘onechtheid’ in de jurisprudentie over motiveringskwesaties. Door zich te beperken tot begrijpelijkheidstoetsing zodra de feiten in beeld komen, laat de Hoge Raad zijn eigen oordeel meestal schuilgaan achter standaardformuleringen. Hij neemt echter in werkelijkheid wel degelijk kennis van de feiten en vormt zich daarover ook een oordeel. Dat blijkt regelmatig uit zijn jurisprudentie. Bovendien maakt hij er ook geen geheim van dat de indruk over de materiële juistheid van de bestreden uitspraak een rol speelt bij zijn beslissing. Dat alles is voor mij reden in plaats van de vaak gehoorde stelling dat de Hoge Raad geen feitenrechter is, te stellen dat hij geen ‘nieuwe feiten’-rechter is.

Deze houding van de Hoge Raad ten aanzien van de feiten is ook onontkoombaar. Een eigen oordeel van de Hoge Raad over de feiten is bij de rechtsvinding, waarin de casuïstiek zo belangrijk is, onontbeerlijk. Tegelijkertijd is het voor de rechtspraktijk van groot belang te weten welke invulling de Hoge Raad geeft aan wettelijke regels en aan zijn eigen maatstaven. Die duidelijkheid kan de Hoge Raad pas optimaal bieden als hij ook de – tot nu toe vaak onuitgesproken – waardering van de feiten in zijn oordeel tot uitdrukking brengt.

Een ander systeem van cassatie is daarom wenselijk, in die zin dat wanneer in een middel (mede) over een feitelijke beslissing of het feitelijk deel van een gemengde beslissing wordt geklaagd, de Hoge Raad de betreffende beslissing vol

toetst aan de hand van het hem ter beschikking staande dossier. Dat doet hij immers eigenlijk binnenskamers toch al.¹⁶⁶⁶ Een dergelijke toetsing ligt ook niet zo ver af van de toetsing die nu al plaatsvindt wanneer sprake is van afwijking van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt met betrekking tot een feitelijke beslissing. Op dit punt zou mij tegengeworpen kunnen worden dat het toetsen van een motivering iets anders is dan het maken van een eigen afweging. Ik meen echter dat dit verschil niet groot, en soms zelfs nauwelijks te maken, is. Regelmatig zal immers een motivering getoetst worden door een eigen afweging te stellen tegenover die waarvan de motivering wordt beoordeeld. In de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad is dat soms ook zichtbaar, zoals in de vorige hoofdstukken af en toe gesignaleerd werd.

Groot voordeel van een eigen toetsing van gemengde en feitelijke beslissingen, wanneer daarom wordt gevraagd, is dat dit naar verwachting tot veel minder omslachtige en duidelijkere arresten zal leiden. Dat bewijzen de uitspraken van het EHRM, die door hun directe redeneerstijl gemakkelijk en prettig leesbaar zijn.

Nu zal mij allicht ook tegengeworpen worden dat het (deels) overboord gooien van het aloude onderscheid tussen feit en recht de deur naar de Hoge Raad juist weer verder open zal zetten. De Hoge Raad zou nog meer dan nu met klachten overspoeld kunnen worden en toch verworden tot een derde instantie. Ik meen echter dat artikel 80a RO hier een belangrijk verschil maakt. In het onderzoek werd immers geconstateerd dat de enige reden waarom het onderscheid tussen feitelijke en rechtsbeslissingen wordt gemaakt, is om de afbakening tussen de taken van de feitenrechter en de Hoge Raad te beheersen en desgewenst te verschuiven. Met de invoering van artikel 80a heeft de Hoge Raad daarvoor echter een nieuw instrument. De reeds bestaande mogelijkheid cassatieklachten die niet tot cassatie kunnen leiden met een verkorte motivering af te doen, is aangevuld met de mogelijkheid ook klachten die wel tot cassatie kunnen, maar niet hoeven te leiden, niet-ontvankelijk te verklaren. Als futiel opgevatte klachten kunnen nu zonder pardon rechtstreeks naar de uitgang worden geleid. De noodzaak van doelmatigheid is daardoor aan het dogmatisch onhoudbare onderscheid ontvallen. Aldus is ook het gevaar van het worden van een derde instantie ondervangen. Overigens is moeilijk in te zien hoe het loslaten van een theoretisch onhoudbaar onderscheid de facto tot andere afwegingen zou leiden. Het gevolg is slechts dat de werkelijke afweging kenbaar zal worden. Dat is winst.

Of een dergelijke werkwijze daadwerkelijk tot meer klachten zal leiden is intussen de vraag: de klacht van de Hoge Raad is immers dat strafrechtadvocaten weinig blijf geven van begrip van de huidige cassatietechniek en te vaak met feitelijke bezwaren aankomen. Daarbij heeft de strafrechtadvocatuur inmiddels stappen genomen het niveau van de strafrechtadvocaten op het gebied van de cassatietechniek te verhogen. Daarom valt niet te verwachten dat advocaten een wijziging in het toetsingssysteem zouden aangrijpen om nog meer kansloze

¹⁶⁶⁶ Van de cassatieadvocaat mag dan worden verwacht dat hij in het middel aangeeft waarom hij de beslissing bestrijdt en welke feiten in zijn visie relevant zijn.

‘feitelijke’ klachten te gaan indienen. En voor zover dat al het geval zou zijn, kunnen die snel en zonder al te veel moeite worden afgedaan.

12.3.2 *De Hoge Raad is een gouvernementeel en instrumenteel georiënteerd college*

In zijn jurisprudentie kan de Hoge Raad als voornamelijk gouvernementeel/instrumenteel worden aangemerkt. Activistisch kan hij niet genoemd worden, meestal volgt hij de opvattingen van de wetgever. Hij is bovendien zeker in ernstige zaken geneigd om naar zijn inschatting terechte veroordelingen in stand te houden. Dat kan betekenen dat wettelijke of jurisprudentiële normen tot het uiterste worden opgerekt. Ook gaat hij er in beginsel van uit dat vertrouwen kan worden gesteld in opsporende en vervolgende autoriteiten.

In het onderzoek is wel enige onderbouwing gevonden voor de in de inleiding genoemde klacht van cassatieadvocaten dat de Hoge Raad ‘crime control’ vaak laat voorgaan ten koste van ‘due process’. Het waarborgen van de integriteit van het strafproces is als zelfstandig doel van de rechtspraak van de Hoge Raad uit beeld verdwenen. Te betreuren is dat hij het ‘policing the police’ niet langer als taak van de rechter ziet als door onrechtmatig optreden geen rechtens te beschermen belang van de verdachte is geschonden en dat hij bovendien de sanctie van bewijsuitsluiting niet meer zonder meer als de juiste ziet wanneer dat belang wel in het geding was. Daarmee heeft de rechtspraak een rechtsbeschermend element van principieel én praktisch belang verloren. Principieel, gezien de prominente plaats die de controle op de uitoefening van overheidsmacht in de juridiserende opvatting van de functie van het strafrecht heeft. Praktisch, omdat bewijsuitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal, waarvan de toepassing de laatste 25 jaar aanzienlijk is teruggedrongen, de enige sanctie is waarvan een preventief effect kan worden verwacht op toekomstig optreden van politie en justitie. Bovendien is van andere sancties op onrechtmatig politie- en justitieoptreden tot op heden *de facto* geen sprake. Daarbij komt dat het belangencriterium, dat als enig zelfstandig toetsingscriterium is overgebleven, aanzienlijk is ingeperkt.

Het gevolg is dat inbreuken op met name het grondrecht van de privacy zozeer worden gerelativeerd, dat wettelijke beperkingen die aan de toepassing van dwangmiddelen worden gesteld niet ‘hard’ meer zijn. Deze zijn *de facto* vervangen door belangenafwegingen door de rechter, die er vaak toe leiden dat inbreuken op de regels of beginselen (vrijwel) zonder gevolg blijven. De opsporingsinstanties moeten het wel bont maken, wil dat anders zijn.

De maatschappelijk commotie over de soms extreme consequenties van vormverzuimen is in het verleden groot geweest. Dat heeft tot gevolg gehad dat zowel de wetgever als de Hoge Raad die gevolgen is gaan beperken. Dat is, waar die consequenties inderdaad soms al te drastisch waren, begrijpelijk. Inmiddels zijn die gevolgen dus echter zover teruggedrongen dat van een daadwerkelijke bescherming tegen bevoegdheidsoverschrijdingen door de opsporende autoriteiten in veel gevallen nauwelijks meer sprake is.

Daar staat wel tegenover dat de Hoge Raad de afgelopen decennia meer rechtsbescherming is gaan bieden door het verscherpen van aan de rechter gestelde motiveringseisen. De grenzen tussen wat wel en niet strafbaar is zijn daardoor verduidelijkt. Te gemakkelijke toepassing van maatstaven wordt erdoor voorkomen. Daarbij komt dat de feitenrechters door de vrij scherpe controle door de Hoge Raad zijn gedwongen zich meer rekenschap te geven van de preciese onderbouwing van hun beslissingen. Het verwijt, dat de Hoge Raad een tijdrovende ‘motiveringsdrift’ bij de lagere rechter zou aanjagen, met als resultaat ‘een overvloed aan loze zinnen en lege overwegingen’ is dan ook volstrekt onterecht.¹⁶⁶⁷ Scherpe motiveringseisen zijn vanuit rechtsbeschermend oogpunt, en ook gezien vanuit de kwaliteit van de rechtspleging, waardevol.

12.3.3 *De Hoge Raad mag in rechtsvormende uitspraken meer blijf geven van zijn positie als ‘hoogste rechtsbeschermmer’*

De rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad wordt gezien als de zorg voor een juiste uitkomst van de procedure op individueel niveau. De Hoge Raad ziet dit niet als zijn primaire taak. Alleen in zijn jaarverslag over 2005 en 2006 werd met enige passie over de rechtsbeschermende taak van de rechtspraak in algemene zin gesproken. Zij werd echter ook toen gekoppeld aan de bescherming in individuele zaken en de verantwoording daarvoor werd in hoofdzaak bij de feitenrechter gelegd. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad in individuele zaken door zijn soms vrij scherpe controle op motiveringen tot op heden wel het nodige aan individuele rechtsbescherming doet. Die controle staat echter onder druk, de Hoge Raad wil zijn aandacht meer op de rechtsvormende uitspraken gaan richten.

Voor wat betreft zijn rechtsvormende uitspraken lijkt de Hoge Raad zichzelf hoofdzakelijk te zien als een uitlegger en vertolker van wet- en regelgeving. Daarbij richt hij zijn aandacht dus vooral op de rechters in den lande. Voorzover de cassatierechter zichzelf echter plaatst in een louter (de lagere rechters) dienende rol, en niet activistisch is waar dat zou moeten, doet hij zichzelf en de maatschappij tekort. Hij is immers meer dan alleen een uitlegger: hij is ook het hoogste rechterlijke gezag waar het gaat om het legitimeren van overheidsoptreden en het bieden van rechtsbescherming aan de burger – en niet alleen in het individuele geval. Die positie brengt verantwoordelijkheden met zich. Daarbij hoort dat hij zich van die positie rekenschap geeft en ook in rechtsvormende arresten waar nodig rechtsbeschermende uitspraken in algemene zin doet. Als wordt gesteld dat het met de individuele rechtsbescherming wel iets minder kan, omdat ook in rechtsvormende

¹⁶⁶⁷ Rinus Otte, hoogleraar rechtspleging en raadsheer bij het Gerechtshof Arnhem, spreekt in zijn blog van 27 november 2012 op de website www.ivorentoga.nl van ‘motiveringsdrift, aangejaagd door de Hoge Raad’ die vooral een overvloed aan loze zinnen en lege overwegingen zou opleveren. Deze uitspraak staat in schril contrast met het belang dat de laatste decennia aan een heldere motivering pleegt te worden toegedicht en de inspanningen die zijn verricht om de begrijpelijkheid van de rechtspraak – en daardoor haar maatschappelijke aanvaarding – door verbetering van de motivering op een hoger plan te krijgen.

uitspraken veel aan rechtsbescherming kan worden gedaan, laat de Hoge Raad dat dan ook wat vaker doen.

12.3.4 *De Hoge Raad moet zijn eigen regels en beslissingen beter motiveren*

In de afgelopen 25 jaar is de Hoge Raad zijn eigen arresten ontegenzeggelijk veel uitvoeriger gaan motiveren dan daarvoor het geval was. Dat kwam doordat de moderne opvatting over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad met zich bracht dat hij de lagere rechters in zijn arresten aanwijzingen wilde geven voor de behandeling van toekomstige zaken. Dat deed hij onder meer door het opnemen in arresten van algemene jurisprudentiële regels in ‘voorafgaande Beschouwingen’. Ook verschijnen af en toe ‘overzichtsarresten’, waarin de Hoge Raad de stand van zaken op bepaald terrein uiteenzet en ten slotte verwijst hij tegenwoordig regelmatig naar zijn eigen eerdere jurisprudentie.

Dat laat echter onverlet dat arresten van de Hoge Raad toch vaak neerkomen op een machtswoord. De Hoge Raad gaat nooit in discussie met de buitenwacht en motiveert vooral praktisch. Veel meer het ‘wat’, dan het ‘waarom’. Opvattingen in de literatuur worden nooit besproken. Aan rechtsvergelijking doet hij niet. Ook wanneer de Hoge Raad afwijkt van de conclusie van de advocaat-generaal gaat dat meestal niet gepaard met enige uitleg. Het komt zelfs voor dat in een dergelijk geval met een verkorte motivering wordt volstaan. Dat betekent dat soms gegist moet worden naar de beweegredenen voor bepaalde jurisprudentiële lijnen. Dat deed zich vooral voor met betrekking tot de interpretatie van de arresten van het EVRM over anonieme getuigen en het gebruik van hun verklaringen voor het bewijs, maar recent bijvoorbeeld ook met betrekking tot de verwarrende jurisprudentie over de bewijsminima. Een expliciete verantwoording had ook mogen worden verwacht van het loslaten van het procesordecriterium als zelfstandige toetsingsgrond.

Het zou de kwaliteit van de arresten van de Hoge Raad ten goede komen als principiële keuzes zouden worden kenbaar gemaakt en verantwoord, wanneer het inzetten van nieuw beleid vergezeld zou gaan van uitleg en wanneer in ieder geval bij verschil van inzicht met de advocaat-generaal zou worden toegelicht waarom de Hoge Raad er anders over denkt. Hopelijk is dat wat de Hoge Raad beoogt wanneer hij zegt meer tijd en aandacht te willen gaan besteden aan zaken ‘die er in cassatie toe doen’. Een eerste hoopvolle aanzet daartoe deed de Hoge Raad in zijn arrest van 12 maart 2013 waarin hij, expliciet in reactie op kritiek vanuit de rechtswetenschap, terugkwam op het tongzoenarrest uit 1998.

Voor wat betreft de individuele rechtsbescherming is nog van belang dat gevreesd moet worden dat een motiveringstekort zal ontstaan in zaken die met toepassing van het nieuwe artikel 80a RO niet-ontvankelijk zullen worden verklaard. Bij de verkorte motivering geldt voor de betrokkene immers nu nog dat uit de conclusie van de advocaat-generaal kan worden afgeleid om welke reden waarschijnlijk ook de Hoge Raad zijn beroep ongegrond en kennelijk niet het bespreken waard acht. Dat zal in het geval van niet-ontvankelijkverklaring niet meer zo zijn. Dat kan een echt probleem zijn, omdat achter een artikel 81 RO-afdoening toch nog wel eens serieuze (motiverings)klachten kunnen schuilgaan, waarvan soms

zelfs de advocaat-generaal van oordeel was dat ze moesten slagen. Ook nu al bestaat immers kritiek op die wijze van afdoening, die lang niet altijd begrepen wordt.

12.3.5 *Er is geen ruimte voor het nog verder terugbrengen van de individuele rechtsbescherming*

De overgang naar een meer contradictoir strafproces en de langzame toegroei naar een verlostelsel – in die laatste fase zitten we waarschijnlijk nog steeds – hebben tegengestelde effecten.

Enerzijds hebben de motiveringsverplichtingen die de Hoge Raad aan de rechters oplegde voor een toename van zijn controlewerkzaamheden gezorgd – en dus voor meer individuele rechtsbescherming. De eisen die aan de verdediging werden gesteld leidden daarentegen tot een afname van de responsieplicht en dus ook tot een afname van de eindverantwoordelijkheid van de rechter voor de uitkomst van het strafproces. Dat betekent een afname van de rechtsbescherming.

De langzame ontwikkeling naar een verlostelsel leidt eveneens al jaren tot een afname van de individuele rechtsbescherming en die ontwikkeling lijkt door te gaan.

De vraag is of, en zo ja, hoeveel verder, de individuele rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad nog kan worden teruggedrongen. Van verschillende kanten is gewezen op het feit dat de hoven voorlopig nog niet zonder het toezicht van de Hoge Raad lijken te kunnen. Door de jurisprudentie wordt dat bevestigd. Dat de soms grote fouten die in feitelijke aanleg worden gemaakt in de toekomst ongecorrigeerd zouden blijven is in strijd met de beginselen van het strafprocesrecht en met de taak van de Hoge Raad als toezichthouder op de kwaliteit van de rechtspraak. Ik zie dan ook voorlopig geen ruimte voor een verdere beperking van die controle.

12.3.6 *Slot*

Met het voorgaande heb ik weergegeven welke conclusies ik uit mijn studie naar de taken, werkwijze en jurisprudentie van de Hoge Raad heb getrokken. Die conclusies hangen, zo merkte ik al schrijvend, allemaal enigszins met elkaar samen.

Hoe rechtsbeschermend moet de Hoge Raad zijn? Het is een vraag waarop geen enig juist antwoord te geven is en waarop vele respectabele visies mogelijk zijn. Advocaten zullen er in het algemeen anders over denken dan officieren van justitie en mensen uit de rechtspraktijk weer anders dan politici of journalisten.

In ieder geval hoop ik een bijdrage te hebben geleverd aan het eeuwig durende debat over de Hoge Raad en misschien zelfs wel een aanzet te hebben gegeven tot enige verandering.

13 Summary

13.1 Cassation in criminal cases. A ‘due process’ perspective

This book describes the way in which the Supreme Court in the Netherlands reviews complaints in criminal cases in cassation. The Dutch Supreme Court applies not only Dutch law, but also international Treaties like the European Convention on Human Rights. The European Court of Human Rights’ case law therefore also applies to the Dutch situation. The threefold aim of my research was to assess the tasks of the Supreme Court (with an emphasis on its task of safeguarding legal protection), to give a more extensive description of how cassation in criminal cases works than existed until now and, lastly, to find out which position the Supreme Court nowadays takes in the field of tension between due process and crime control. To do the latter I have examined if its position in this field has changed over the last 25 years and if so, how. The point of view from which this book has been written, is essentially that of the criminal defence lawyer (which role I had when I started working on this thesis).

13.2 History of the cassation

Cassation is a legal remedy that has its roots in the French legal system. Its archetype was an instrument of power politics, used by medieval kings to control the administration of justice. But as far back as the 16th century, civilians started to approach their king to seek justice when they had lost their case. This had the effect that this instrument, slowly but surely, developed into something vaguely resembling a legal remedy. This legal remedy-like instrument became the French cassation. Its main objective, however, continued to be ‘maintien des ordonnances’ – in the public interest. After the French Revolution, the cassation remained: its primary function was to safeguard the unity of the application of the law and the unity of justice. The ‘Cour de Cassation’ did not have the authority to interfere with decisions in individual cases.

In the years of French rule in the Netherlands, from 1810 until 1813, the cassation was introduced into the Dutch legal system. Until then, the Netherlands had been a federation of continuously arguing provinces. For that reason, an instrument comparable to the cassation had not existed before. One would have expected that it had been abolished in 1813, when the Netherlands regained their independence, but eventually that did not happen. The reason was that it took the Dutch – for a few years in unison with the Belgians – so long to agree on a different

system, that in the end Dutch legal practice got used to the French law and procedures. However, the Dutch cassation was given a special feature: the court of cassation became a court of third instance. Although the court of cassation did not have the competence to investigate the facts, it was given the authority to give a final decision in individual cases, as long as no new investigation of the facts was necessary. The primary purpose of the Dutch cassation was just like its French example: to create unity in the application of the law and in the case law. However, it was generally recognised that the cassation also served individual interests. This also appeared from the fact that it became an ordinary legal remedy, accessible to the litigating parties.

However, the cassation was not uncontroversial. After its introduction, there was a century-long discussion about its possible abolishment. Especially in the field of civil law there was discontent, among other things because the distinction between fact and law didn't work well. About the cassation in criminal cases however, there was general satisfaction. It was believed that the said distinction was much easier to make there, since there were only two questions to answer: was there enough evidence and if so, had the law been applied correctly to the proven facts? An opposing view was heard in 1938 from the criminal law scholar Van Bemmelen, who thought the distinction between fact and law was artificial, also in the field of criminal law. Only far into the 20th century, the discussion came to a conclusion: the cassation was there to stay.

Around the same time the development of the so-called modern criminal law began. In 1926 the Code of Criminal Procedure (CCP) was modernised and the rights of the accused were much improved. A more adversary procedural model was introduced. Shortly hereafter the pendulum movement between the individual interests and those of society became visible.

Also in those years, legal scholars began to realise that judicial interpretation is more than the simple application of a rule to the facts. The famous legal scholar Paul Scholten introduced his 'jump': figuratively speaking the judge must 'jump' from the facts to the law and thus, applying the rules, create new law: 'the law lies in the facts'. The importance of the leading role of the Supreme Court in creating this law was not directly felt. From an article by its president, written just before the Second World War, it appeared that the Court's main task was the correct application of the law in individual cases. To him, this was even more important than guarding the unity of justice.

Some time after the war this changed. One of the reasons was that vaguer laws were issued, leaving the exact meaning to be decided by the judiciary. The idea that the Supreme Court had to give guidance regarding the interpretation of the law, came to be generally accepted. Over the years, the Supreme Court justices themselves attached more and more importance to this task. At the same time, they began to sigh under their ever-increasing caseload, complaining that this caseload largely existed of cases unfit for cassation. As from the mid-eighties, the legislator started to help the Supreme Court to get rid of uninteresting or unsuitable cases, or at least to give them as little attention as possible.

This started with the introduction of the three-justices-chambers, followed by the possibility of giving unreasoned judgments¹⁶⁶⁸ and the obligation of legal representation (which lead to a strong limitation of ex officio cassation). The most recent change in procedural law is the introduction of what is called ‘pre-entry selection’, introduced in 2012. This new law provides the possibility for the Supreme Court to declare inadmissible complaints that are deemed unsuitable for cassation. In the meantime there are signs that in due course, the Supreme Court prefers a leave to appeal system. The reasons are not only the wish to get rid of ‘unfit’ cases, but also the awareness that the Supreme Court has to answer to the judicial challenges in a (legal) environment that grows more complicated each year. Therefore the Supreme Court aims to answer as many legal questions as possible and only interfere in individual cases if something has gone quite wrong.

In the meantime, the effect of all these changes has been that the safeguarding of legal protection, which the Supreme Court offered generously in the nineteen eighties, especially by judging on its own initiative (‘ex officio’) all cases presented to it, has diminished considerably. Nowadays about half of the incoming complaints are declared inadmissible for lack of a document holding grounds for cassation, filed by a lawyer. Half of the remaining half is dismissed without reasoning. This doesn’t only occur in obvious cases. It has happened in cases in which the advocate-general of the Supreme Court advised the Supreme Court to quash the decision in question, or in which the lawyer who filed the complaint sincerely believed he had posed probing questions that deserved an answer. It even happened once that the European Court of Human Rights (ECtHR) found a violation of the Convention in a case in which the Supreme Court had dismissed the ground for cassation without reasons.

If in future the requirement of a leave of appeal will be introduced, the Supreme Court will safeguard the individual legal protection in only a limited number of cases. That legal protection will then mainly be left to the Courts of Appeal. Unfortunately the quality of the work of those Courts – probably for reasons such as too heavy a caseload – is inadequate at the moment. This is a point of concern.

The large influx of complaints in cassation in criminal cases still continues today. Apparently the parties still expect much from the appeal to the country’s highest court. This is not surprising. The cassation still offers a real chance of success for convicted people. They can be successful in more than only points of law. The Supreme Court can be very strict in its review of legal and factual reasoning by the lower courts. Therefore it can certainly not be said that the Supreme Court has abandoned its task of safeguarding legal protection.

¹⁶⁶⁸ This is euphemistically called ‘abbreviated reasoning’. The only reason given is the one provided in Art. 81 of the Judicial Organisation Law: that the ground for cassation cannot lead to cassation, nor poses legal questions that have to be answered in the interest of the unity or the development of the law.

13.3 The Supreme Court's three tasks

Three tasks are usually attributed to the Supreme Court: safeguarding the unity of the law, forming or developing the law and, finally, safeguarding of (individual) legal protection.

Safeguarding the unity of the law is the most apparent and also the oldest of the three. At the same time it is a difficult one. The unity of the law requires not only that the rules are the same for everyone, but also that they are always applied in the same way. That is something that the Supreme Court can't possibly control, since it reviews only a fraction of the total number of criminal cases. Apart from that, the outcome of a procedure depends largely on the factual circumstances of the case; something the Supreme Court only reviews marginally.

The task of the development of the law is considered to be the most important one nowadays. It is said to be connected to answering purely legal questions, but in practice that isn't true. In (by far) the most cases in which a judgment is reversed, the Supreme Court does so because of flawed reasoning in that judgment, which is considered a breach of procedural rules and not a legal matter. Those rulings are moreover regularly used to provide the factual judges with criteria for similar cases, or with other general rules. This means that it doesn't make much difference whether the Court quashes for legal, or for procedural reasons.

Over the last 25 years the Supreme Courts' decisions have become longer. The reasoning of its decisions has become more extensive. Unfortunately however, the Court never explains its methodology. From the survey of the jurisprudence that was done in this thesis, it can be concluded that the Court only really explains its own rulings when new law is to be interpreted. In those cases the explanation is often derived from the legislative history. In the exceptional case in which it was not, the Court followed the laws' rationale, which usually was the protection of a certain group of subjects. The interpretation and application of the rights guaranteed in the ECtHR are not explained. Here, the Court limits itself to 'translating' the ECtHR's case law in 'hard and fast' rules for the Dutch legal practice. The same goes for general rules for the interpretation of vague norms, being either substantive or procedural. The Supreme Court never enters into a debate with the doctrine. Extensive theoretical or philosophical considerations are not to be expected. Yet, a very recent decision of 12 March 2013 gives hope of change. In this decision, the Supreme Court changed its jurisprudence on sexual penetration of the body because of criticism by scholars.

'Safeguarding the legal protection', the first out of the three tasks mentioned of Supreme Courts, is usually understood as the protection of the suspect against mistakes by a lower judge in his disadvantage. That, however, is too limited a view, in any case where the Supreme Courts' criminal chamber is concerned. This limited view denies the constitutional aspect of that task, the very essence of the rule of law being that the civilian finds protection against the abuse of power by the government. This protection must be provided by judges. If this is the case, it is a logical consequence that the Supreme Court plays an important role here. In this broader interpretation the legal protection can be safeguarded not only in cases in

which an error has disadvantaged an individual, but also in decisions holding general rulings. It cannot be said that there are signs that the Supreme Court wishes to evade this general judicial task, or never uses its general rulings to offer legal protection to (large) groups of suspects. On the contrary, it emphasises the latter when defending the new 'pre-entry selection'. However, the question is how far it is willing to go.

By posing that question, we have entered the area of legal politics. This is the area where the pendulum swings between the individual, and the general interests. Of course, the Supreme Court has to choose its position in this area all the time. And of course the way these choices are made, are dependent on the Supreme Court's view on criminal law. What is it for? The Supreme Court never gives an answer to that question, but that doesn't mean nothing can be said about its view. When taking a look at the two main ideological movements in the field of criminal law, the 'due process' versus the 'crime control' ideology, we can certainly make an assumption on the stance of the Supreme Court in this matter. The 'crime control' ideology regards criminal law as the State's instrument to fight crime. Defence rights play a role, but are not predominant. The 'due process' movement regards criminal law as a system which intends to regulate and limit the State's power to interfere with the lives of civilians. Punishment of criminal behaviour is legitimate, but only when that occurs after a fair trial, in which rules and general principles are applied.

The present president of the Supreme Court seems to embrace the 'crime control' ideology and to characterise the 'due process' ideology as unrealistic. This isn't a big surprise, since the 'crime control' is the mainstream ideology, while 'due process' is a countermovement. After all, highest courts tend to be mainstream and governmental. This doesn't mean, however, that they can't be activist in some ways. Sometimes they can even obstruct the legislator's intentions.¹⁶⁶⁹ The Supreme Court's criminal chamber did so a few times in recent years.

13.4 The Supreme Court's legal instruments

The constitution attributes to the Supreme Court the authority to quash judgments brought before it, when these judgments have breached the law. In the Code on the Judicial Organisation a second ground for cassation, breach of procedural law, is added, but in the view of the constitutional legislator the two are the same. Therefore the distinction is not very relevant. In practice breaches of procedural law, especially flaws in argumentation, are the main category of cases in which the Supreme Court reverses judgments of lower courts.

The reason for this is that the Supreme Court has tightened the requirements for the argumentation considerably. If there has been a small revolution anywhere in criminal law, it is here. To see that, one only has to compare judgments of the nineteen eighties to recent ones, by the Supreme Court as well as by other judges.

¹⁶⁶⁹ That even a highest court can be activist over a period of time was demonstrated by the 'Warren Court', the American Supreme Court in the years between 1953 and 1969 under Earl Warren as Chief Justice. In this period the Court stood up for civil rights and freedoms. See William O'Douglas, *The Court Years 1939-1975*.

The Supreme Court obliged the judges of fact to provide more grounds for a bigger number of their decisions. At first, for reasons of improving its own possibilities for review. Later, the aim was also to create more transparency for the public and to provide both parties with answers to their claims and defences. The parties themselves too were required to give reasons for their points and requests: the criminal procedure became more 'civil'. The disadvantage hereof was that the judges 'own responsibility' for the outcome of the procedure was somewhat reduced, while defendants became more dependent on the quality of their lawyers. But this doesn't affect the importance of the increase in the obligation to provide grounds. It has greatly benefitted the transparency of the administration of criminal justice.

As to the substantive nature of the grounds, however, the Supreme Court never said much. The main requirement has always been that the reasoning is conclusive. Apart from that, it is usually sufficient that it contains the relevant facts and the rules that are applied. Traditionally, the way the judge has come to his decision and the way he assessed the information before him don't have to be clarified. An important change, however, occurred when a new law was introduced, requiring judges to explain when they differ from well-substantiated arguments. The Supreme Court interpreted this law in such a way, that the judge of fact now, in some cases, also has to account for his selection and assessment of facts. This also has consequences for the Supreme Court's review of those decisions. It becomes more factual.

The Supreme Court often stresses that it is not a court of fact and that it leaves the findings and assessments of fact to the lower courts. However, this is position isn't tenable. The facts play a very important role in cassation, especially when the decisions to be reviewed are not purely factional or legal, but have a mixed character. This is the case when vague rules are applied. That application is a legal characterization of facts, which is a judicial task. Of course, the Supreme Court can't stay out of that. But the Supreme Court also assesses the reasonableness of purely factional findings and decisions. If necessary it takes a look 'behind the paper wall', in other words: at the file. Therefore it would be better to say that the Supreme Court isn't a court of new facts, rather than saying it isn't a court of facts. Indeed the distinction isn't theoretically tenable. Everybody in the scholarly world (including the Supreme Court itself) agrees on that. And since Scholten's days, the role of the facts in the finding of law has become ever more important. The current way in which law is being considered is called 'contextualism': the circumstances of the individual case often play a decisive role. The only reason why the Supreme Court clings to the old distinction is a matter of expediency. It is used to mark, and, if necessary, shift the division of tasks between itself and the lower courts. In this way, it can influence the influx of cases. The Supreme Court can review and assess the facts, it falls within its competence, but it doesn't want to. In practice, however, it does. For instance when it has the (factual) impression that the case has led to a materially severely incorrect outcome.

13.5 The Supreme Court's jurisprudence between 1988 and 2012

The central issue in this chapter was whether the Supreme Court had, in the past 25 years, to put it roughly, mainly sided with the State or mainly with the defendant. To decide that, a number of themes in the case law were selected and examined.

In the sixties and seventies of the previous century, the Supreme Court had been slightly activist where the requirements of a due process was concerned. It gave more body to its task of safeguarding legal protection, by strengthening the defendant's procedural rights and by accepting the possibility of procedural consequences of breaches of procedural rules in the pre-trial investigation. Materially, the principle of legality still played an important safeguarding role. On the other hand, the Supreme Court wasn't much inclined to set limits to new investigative methods. An example is that it almost unconditionally allowed evidence produced by anonymous witnesses.

In the last 25 years the Supreme Court slowly followed the more repressive trend in society. It adopted a more reticent attitude regarding defence rights, however not regarding the whole range of themes in the case law that were examined in this thesis.

The sanctioning of the breach of procedural rules played an important role in the case law of the past 25 years. On the one hand the Supreme Court safeguarded legal protection. Particularly in the early years, it set new requirements for judicial inquiry and reasoning, and gave a broad interpretation of the term 'preliminary investigation'. Furthermore, it built a framework for the assessment thereof, that was later codified.

On the other hand, it has formulated ever more restrictive criteria for deciding the consequences of those breaches. Explicitly the extent to which the interests of the accused had been harmed became decisive. It seems the Supreme Court has distanced itself from the idea that a violation of legal order can in itself be a reason to attribute consequences to breaches of procedural rules, also when no harm was done to the interest of the defendant. All in all, it can be claimed that over the past 25 years the transparency of the criminal procedure has grown, but that the promise that was implied in the acceptance of the exclusionary rule was not fulfilled.

The guarantee of a fair trial was a second central theme in the Supreme Court's jurisprudence. Here also the picture is not unambiguous. In this period the Supreme Court guarded the right of the defendant to be present at his trial, stressed the importance of the defence lawyers' presence and revitalised the principle of immediacy. Judges were instructed to be generally less restrictive in granting requests for witnesses, although it seems that lately the defence has to give more reasons for its requests.

Regarding internal disclosure, the Supreme Court has defined a broad criterion for documents to be added to the case file, but in practice it leaves the responsibility for the application of that criterion in good faith to the public prosecutor. His decisions can hardly be challenged. The equality of arms is at stake here.

The Supreme Court has always been very restrictive concerning legal assistance during police interrogation, legal assistance to the absent defendant and later (after a

change of law), legal assistance of the absent defendant by an unauthorised lawyer. On the other hand, it has always been very indulgent towards the use as evidence of statements made by anonymous, and crown, witnesses. In the recent past only the ECtHR's decisions could make it change its case law on these subjects.

Compared to the situation in 1988, the most drastic change occurred in the sanctioning of violation of the right to be tried within a reasonable term. That case law evolved from inadmissibility after two years of inactivity to the abolishment altogether of inadmissibility as a possible sanction. Any compensation for the uncertainty the defendant had to cope with, is no longer self-evident. This signals the shift of focus that has taken place: no longer is it the State that is urged to keep the length of its procedures within a reasonable time, but the sanction is a mere compensation.

The conclusion is that indeed the case law regarding a fair trial on the whole offered more legal protection in 2012 than it did in 1988. Where procedural rights are concerned, it can be regarded as a continuation of the trend that started in the sixties. In all other respects this positive balance seems to be due to the fact that the Supreme Court reluctantly followed the ECtHR's case law.

An important change in the Dutch criminal procedure of approximately the last ten years, is a more civil approach. This development started with the tightening of the requirements for judges to give reasons. It was followed by obligations for the defence to substantiate its defences, by lack of which the judge did not have to respond. From a point of view of safeguarding legal protection, the improved reasoning of judicial decisions is an important improvement compared to 1988. On the other hand, the limitation of the ex officio review by the factual judges, as well as the sharp decline of the ex officio review by the Supreme Court itself, which result from the more adversarial proceedings, are a deterioration compared to that year.

Here too a fundamental question comes up: if the goal of the criminal trial is, to reach an outcome that is as just as possible, then the current moderately inquisitorial system doesn't relate very well to the shift of the responsibility for that outcome from the judge to the defence.

In the field of the substantial criminal law, the Supreme Court safeguarded legal protection on the subjects of conditional intent, self-defence and the use of excessive force in self-defence. It also continued its cautious course in cases of euthanasia. A characteristic of the defendants whom the Supreme Court protects, seems to be that they are usually not the 'regular criminals', but people who come into conflict with the criminal justice system only once. Would that be a weighing factor? One can only guess.

The jurisprudence about the other examined themes was more aimed at facilitating the fight against crime.

The notion of complicity was broadened, especially in severe cases. The Supreme Court hardly set any limits to the increase in the number of prosecutions for those being a member of a criminal organisation. The same picture was seen in the case law about themes as preparatory acts, sexual acts and overt use of force. When interpreting the offence description in those subjects, the Supreme Court

almost invariably referred to the legislative history. Its case law corresponded to the legislators' wishes and also with what at that moment in time was the prevailing opinion, politically, and possibly also socially. So when the legislation was repressive, so was the Supreme Court's jurisprudence. Concerning sexual crimes sometimes even a little more so. It seems the principle of legality is no longer used to limit the scope of the law.

It can be presumed that the most embarrassing subject for the Supreme Court is that of the anonymous witnesses. No less than five times it was corrected by the ECtHR in the period under research. All in all, in the last 25 years in twelve cases in which the Supreme Court had taken the decision in the highest instance, the ECtHR found a violation of a human right protected in the Convention. The restrictive way in which the Supreme Court tends to interpret the ECtHR's jurisprudence took its toll. Several times that decision was even contradictory to the ECtHR's existing case law at the time of the Supreme Court's decision, but apparently the Supreme Court took that in its stride. Possibly this stubbornness has to do with a difference of opinion. But it could also be that an effect of the Dutch judicial culture or of the inquisitory system is that the Supreme Court judges differently from the ECtHR. As Fokkens, the present Procurator General of the Supreme Court, pointed out, in the Dutch system the judge is supposed to be ultimately responsible for the finding of the truth. This means that it is more important that he, the judge, deems himself to be sufficiently informed to come to that decision, than that the defence has been able to exercise its right to question and challenge the witness. Moreover, the Dutch criminal justice starts from the premise that the investigative and prosecuting authorities are trustworthy. The ECtHR doesn't. Finally, the characteristics of the cassation play a role. The Supreme Court is more limited in its review than the ECtHR.

In most cases in which miscarriages of justice surfaced, the Supreme Court's role was small. The one exception was Lucia de Berk's case. In that case the Supreme Court could have done more to limit risky rulings on evidence.

13.6 Conclusions

1. The Supreme Court should give full review of 'mixed' decisions

The Supreme Court should stop using the untenable distinction between factual and legal decisions, at least concerning the so-called mixed decisions, of which there are many examples. It causes unpredictability and unnecessary lack of clarity and straightforwardness in the Courts' case law on flaws of argumentation. By limiting itself to an assessment of the reasonableness of factual decisions, the Supreme Court hides its true reasoning behind standard phrases. The newly introduced pre-entry selection of cases gives the Supreme Court a new instrument to mark its tasks from those of the factual courts and to limit the influx of cases if it wishes.

2. The Supreme Court can be characterised as governmental and primarily oriented on crime control

The Supreme Court is not an activist Court. Its jurisprudence fits mostly in the

‘crime control’ ideology. It is regrettable that the Supreme Court has attached the judge’s task of ‘policing the police’ to the legally justified interests of the defence. Only if those interests have been harmed, breaches of procedural rules by the police can be sanctioned and even then the exclusionary rule doesn’t always have to be applied. With that, the judiciary has lost an element of safeguarding legal protection of fundamental and practical importance. Fundamental, because the monitoring of the exercise of state authority is an important aspect of the ‘due process’ ideology. Practical, because the exclusionary rule is the only sanction that can be expected to prevent breaches of procedural rules by the investigative and prosecuting authorities. This is the more so, since no other serious sanctions exist to date. Moreover, the Supreme Court has limited the definition of the ‘justified interests’ of the defence over the last 25 years. All of this has resulted in the fact that the legal limits to the exercise of coercive measures are no longer strict. In fact, they have been replaced by the weighing of interests by the judge. This often results in violations of rights under the Convention remaining without any (serious) consequences.

3. In its law-developing judgments the Supreme Court should give more expression of its role as ‘highest legal safeguardian’

The Supreme Court seems to see itself mainly as an instructor and supervisor of the lower courts. As far as it does indeed place itself only in that (serving) position and isn’t activist when it should be, it does injustice to itself and to society. For the Supreme Court is more than an interpreter, it is also the highest legal authority where the legitimacy of government action and the legal protection of civilians is concerned.

4. The Supreme Court should give better reasoning to its own rules and decisions

There is no doubt that nowadays the Supreme Court gives far more extensive reasons for its own decisions than it did 25 years ago. The reason for that is that modern insights in its task of developing the law have brought about that it wants to give guidance to the lower courts by general considerations in its decisions. But this does not affect the fact that the Supreme Court’s judgments often amount to the issuing of a pronouncement. The criminal chamber of the Supreme Court hardly ever enters into a debate with legal scholars, nor will it put forward considerations of comparative law. It would, however, improve the quality of the Supreme Court’s judgments if fundamental choices would be acknowledged and accounted for, if the start of new policies would be explained and if, when the Court disagrees with its advocate-general, it would clarify why it decides otherwise.

5. There is no room for further diminishing of legal protection at the individual level

The transition to a more adversary criminal process and the slow growth towards a leave of appeal system – that we are probably in – have contradictory effects. On the one hand the obligation for judges to provide more reasons has caused an increase in the Supreme Court’s reviews of reasonings – and has thus led to more safeguarding of legal protection in individual cases. On the other hand, the requirements set to the defence caused a diminished obligation to respond and consequently a decrease in

the judge's responsibility for the outcome of the trial. This means a reduction of legal protection. The ongoing development towards the Supreme Court selecting the cases it wants to review, has the same effect. The question is how much further this reduction can go. The Courts of Appeal still seem to need the Supreme Court's supervision. Errors are frequently made by the factual courts and sometimes they are serious. It would be a violation of the principles of a fair trial if these errors would not be corrected. That would also be a denial of the Supreme Court's task as a guardian of the quality of justice. As things are, I see no room for further diminishing of that supervision.

All my conclusions seem to be somehow related. How much legal protection should the Supreme Court offer? It is a question to which there is not one single correct answer. Many respectable views are possible. Defence lawyers will generally hold

different views about it than public prosecutors. This will also apply to people working in the legal practice, who will have a different opinion than politicians or journalists. It is my sincere hope that I have contributed to the continuing debate on the role of the Supreme Court and possibly to some change in this field.

Literatuurlijst

Asser 2008

Asser, W.H.D., 'Rechtsvorming door de Hoge Raad; enkele inleidende opmerkingen', in: Keukens, W.M.T. en Van den Nieuwenhuijzen, M.C.A. (red.), *Raad en Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2008, p. 9-29.

Asser-Scholten 1974

Scholten, P., *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, met feitelijke gegevens aangevuld door Mr. G.J. Scholten, Zwolle: Tjeenk Willink, 1974.

Asser-Vranken 2005

Asser-Vranken, *Vervolg, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht, een vervolg bewerkt door mr. J.B.M. Vranken*, Deventer: Kluwer, 2005.

Barak 2006

Barak, A., *The judge in a democracy*, Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2006.

Barendrecht 1992

Barendrecht, J.M., *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, diss. KUB, Deventer: Kluwer, 1992.

Barendrecht 1998

Barendrecht, J.M., *De Hoge Raad op de hei: kwaliteitsbewaking en leiding over de rechtspraak door de civiele cassatie; een analyse en denkrichtingen voor de toekomst*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998.

Barendrecht 2000

Barendrecht, J.M., 'Rechtsvorming naar behoefte. Welke normen hebben partijen in civielrechtelijke geschillen nodig?', *NJB*, 2000, p. 696-697.

Barendrecht 2002

Barendrecht, J.M., 'Door muren kijken. Suggesties voor hervorming van de civiele cassatierechtspraak', *NJB*, 2002, p. 294-300.

Bax 2000

Bax, C.J., 'Art. 118 Gw, in: Koekkoek, A.K. (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: Tjeenk Willink, 2000, p. 538 -540.

Bemmelen van 1938

Bemmelen van, J.M., 'Is wijziging van de regeling betreffende de hogere voorziening in strafzaken gewenst, en zoo ja, in welken zin', *Preadvies NJV, Handelingen NJV*, 1938, p. 1-60.

Bemmelen van 1957

Bemmelen van, J.M., *Strafvordering. Leerboek van het Nederlandse Strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff, 1957.

Berg van den 1999

Berg van den, P.A.J., 'Staatsvorming zonder codificatie. Een vergelijking tussen het codificatiestreven op het continent en in Engeland, met bijzondere aandacht voor Jeremy Bentham en Henry Peter Brougham', in: Jansen, C.J.H. en Van de Vrugt, M. (red.), *Recht en geschiedenis. Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de negentiende en twintigste eeuw*, Utrecht, 1999, p. 11-30.

Bins 1980

Bins, J., 'Cassatie in strafzaken', in: Davelaar-van Tongeren, V.H., Keijzer, N. en Van de Pol, U. (red.), *Strafrecht in perspectief. Een bundel bijdragen op strafrechtelijk gebied ter gelegenheid van het 100-jarig betsaan der Vrije Universiteit te Amsterdam*, Arnhem: Gouda Quint B.V., 1980, p. 263-288.

Bloembergen 1984

Bloembergen, A.R., *Cassatie in administratieve zaken?*, Reeks Studiekring Drion, Geschrift nr. 6, Deventer: Kluwer, 1984.

Blok en Besier 1925

Blok, A.J. en Besier, L.Ch., *Het Nederlands Strafproces*, Haarlem: Tjeenk Willink, 1925.

Boek en Nijboer 1993

Boek, J. en Nijboer, H., 'Het tanende gezag van de strafkamer van de Hoge Raad', *NJB*, 1993, p. 1053-1054.

Boer de, Faber en Krikke 1980

Boer de, C., Faber, S. en Krikke, B., 'Eerst wat geschiedenis', in: Davelaar-van Tongeren, V.H., Keijzer, N. en Van de Pol, U. (red.), *Strafrecht in perspectief. Een bundel bijdragen op strafrechtelijk gebied ter gelegenheid van het 100-jarig betsaan der Vrije Universiteit te Amsterdam*, Arnhem: Gouda Quint B.V., 1980, p. 2-4.

Boeschoten van 1988

Boeschoten van, C.D., 'De advocatuur bij de Hoge Raad', in: Van Soest, J. (red), *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988, een portret*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, p. 237-251.

Borgers 2011

Borgers, M.J., *Het Nederlands strafprocesrecht*, 7^e druk, Deventer: Kluwer, 2011.

Borgers 2012

Borgers, M.J., 'De toepassing van de bewijsminimumregel', *Delikt en Delinkwent*, 2012, p. 873-893.

Bosch Kemper de 1840

Bosch Kemper de, J., *Wetboek van Strafvordering naar deszelfs beginselen ontwikkeld*, (enz.) derde deel, Amsterdam: Johannes Muller, 1840.

Boven van 1990

Boven van, M.W., *De rechterlijke instellingen ter discussie. De geschiedenis van de wetgeving op de rechterlijke organisatie in de periode 1795-1811*, diss. Nijmegen: Gerard Noodt Instituut, 1990, Rechtshistorische reeks nr. 18.

Brants 1999

Brants, C.H., *Over levende gedachten. De menselijkheid van een functioneel strafrecht*, Oratie Deventer: Gouda Quint, 1999.

Bronkhorst 1975

Bronkhorst, C., *De derde rechtsingang. Enkele aspecten van de voorziening in cassatie in strafzaken. Afscheidscollege gegeven bij het neerleggen van het ambt van hoogleraar in het strafrecht, strafprocesrecht en de criminologie aan de Katholieke Hogeschool Tilburg op donderdag 2 oktober 1975*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1975.

Brouwer 2012

Brouwer, D.V.A., 'De advocaat die overwoog nooit meer een cassatiezaak te doen. Een hedendaags sprookje', *NJB*, 2012, nr. 245 (afl. 4), p. 276-277.

Bruggen slaan, Regeerakkoord VVD – PVDA, 29 oktober 2012.

Buruma 2003

Buruma, Y., 'Kroniek van het Straf(proces)recht', *NJB*, 2003, nr. 31, p. 1593-1600.

Buruma 2005a

Buruma, Y., 'Kroniek van het Strafrecht', *NJB*, 2005, afl. 31, p. 1613-1619.

Buruma 2005b

Buruma, Y., 'Motiveren, waarom?', in: Harteveld, A., De Jong, D.H. en Stamhuis, E. (red.), *Systeem in ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005, p. 71-87.

Buys 1887

Buys, J.T., *De Grondwet, deel II*, Arnhem: Gouda Quint, 1887.

Castermans, Houben, Jansen, Memelink en Nieuwenhuis 2009

Castermans, G., Houben, I.S.J., Jansen, K.J.O, Memelink, P. en Nieuwenhuis, J.H., *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer, 2009.

Cleiren 1989

Cleiren, T., *Beginselen van een goede procesorde (Een analyse van rechtspraak in strafzaken)*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint B.V., 1989.

Colenbrander 1909

Colenbrander, H.T., *Ontstaan der Grondwet. Tweede deel.* 's-Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1909. Deze uitgave is elektronisch te raadplegen: <http://www.historici.nl/retroboeken/grondwet/#page=122&accessor=toc&source=1&view=homePane>.

Corstens 2005

Corstens, C.J.M., *Het Nederlands strafprocesrecht*, 5^e druk, Deventer: Kluwer 2005.

Corstens 2007

Corstens, G.J.M., 'De toekomst van de cassatie', *Strafblad*, 2007, p. 33-38.

Corstens 2008

Corstens, G.J.M., 'Ontwikkelingen in 25 jaar strafprocesrecht in Nederland', Voordracht mr. G.J.M. Corstens – Congres Universiteit van Tilburg, 28 november 2008, beschikbaar via <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/HogeRaad/OverDeHogeRaad/publicaties/Pages/Ontwikkelingen-in-25-jaar-strafprocesrecht-in-Nederland.aspx>.

Corstens 2009

Corstens, G.J.M., 'Versterking van cassatierechtspraak', Voordracht mr. G.J.M. Corstens gehouden bij de Voorjaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht op 5 juni 2009: <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/HogeRaad/OverDeHogeRaad/publicaties/Pages/Versterking-van-de-cassatierechtspraak.aspx>.

Corstens 2011

Corstens, G.J.M., bewerkt door M.J. Borger, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 7^e druk, Deventer: Kluwer, 2011.

Corstens 2012

Corstens, G.J.M., 'titel', Voordracht ter gelegenheid van de installatie van drie nieuwe raadsheren d.d. 6 maart 2012: <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/HogeRaad/OverDeHogeRaad/publicaties/Documents/algemene%20inleiding.pdf>.

Dijk van 1988

Dijk van, P., 'De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens', in: Schoordijk, H.C.F. e.a., *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De verandering in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, p. 173-210.

Donner 1962

Donner, J., *Plaats en taak van de Hoge Raad der Nederlanden*, Calvinistische Juristen Vereniging, mei 1962.

Doorenbos 2008

Doorenbos, D., 'Crisiswetgeving: blanco cheque voor toezichthouders', *NJB*, 2008, afl. 37, nr. 1856, p. 2360-2361.

Dorst van 1988

Dorst van, A.J.A., 'De stukken van het geding', *Delikt en Delinkwent*, 1988, nr. 10, p. 929-942.

Dorst van 1989

Dorst van, A.J.A., 'Rechtsbescherming en doelmatigheid in cassatie', in: Strijards, G.A.M. e.a., *De derde rechtsingang nader bekeken. Opstellen aangeboden aan C. Bronkhorst*. Arnhem: Gouda Quint, 1989, p. 89-114.

Dorst van 2009

Dorst van, A.J.A., *Cassatie in strafzaken*, Studiepockets Strafrecht deel 9, Deventer: Kluwer, 2009.

Dorst van en De Hullu 2007

Dorst van, A.J.A. en De Hullu, J., 'Warme gevoelens en irritaties in cassatie', *Strafblad*, 2007, nr. 1, p. 39-46.

Dreissen 2007

Dreissen, W., *Bewijsmotivering in strafzaken*, diss. Universiteit Maastricht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007.

Drentje 2004

Drentje, J., *Thorbecke. Een filosoof in de politiek*, diss., Amsterdam: Boom, 2004.

Duyvendijk-Brand van 2010

Duyvendijk-Brand van, J., 'Waartoe is de Hoge Raad op aarde?', *NJB*, 2010, p. 553-560.

Feith 1933

Feith, Rh., 'Welke wijzigingen zijn gewenst in de rechterlijke organisatie ter verzekering van een doelmatige rechtspleging in burgerlijke en strafzaken. Preadvies NJV 1933', in: *Handelingen van het NJV*, 1933, p. 1-44.

Feith 1939

Feith, Rh., 'Rede', in: Goseling, C.M.J.F. e.a., *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938. Redevoeringen uitgesproken ter herdenking van de honderdjarige burgerlijke wetgeving*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1939, p. 7-15.

Fokkens 2005

Fokkens, J.W., 'De wijziging van artikel 359 lid 2 Sv: een stap op weg naar een contradictoir strafproces', in: Hartevelt, A., De Jong, D.H. en Stamhuis, E. (red.), *Systeem in ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005, p. 139-149.

Fokkens en Mulder 1984

Fokkens, J.W. en Mulder, G.E., *Tussen crime control en due process of law: beschouwingen over de rechtsbescherming van de verdachte*, Secretariaat Calvinistische Juristenvereniging, 1984.

Foqué en 't Hart 2006

Foqué, R. en 't Hart, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen, 1990.

Franken 2006

Franken, A.A., 'Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht', *Delikt en Delinkwent*, 2006, nr. 67, p. 949-956.

Franken 2007

Franken, A.A., 'Traditionele waarden van de advocatuur en schuivende verantwoordelijkheden voor de raadsman: achtergronden bij een verhit debat', *Delikt en Delinkwent*, 2007, nr. 27, p. 360-369.

Garraud en Garraud 1928

Garraud, R. en Garraud, P., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, tome V, Paris: Recueil Sirey, 1928.

Groenhuijsen 1989

Groenhuijsen, M.S., 'De rol van de mensen- en burgerrechten in de herziening van het Wetboek van Strafvordering 1926', *Delikt en Delinkwent*, 1989, p. 505-523.

Groenhuijsen 1991

Groenhuijsen, M.S., 'Mariënburcht, HR 16 oktober 1990, nr. 86.992', *Ars Aequi*, 1991, vol. 40, nr. 5, p. 416-425.

Groenhuijsen 2008

Groenhuijsen, M.S., 'Strafrechtelijk stromenland in 2008', *Delikt en Delinkwent*, 2008, afl. 10, nr. 77, p. 1093-1112.

Groenhuijsen en Knigge 2004

Groenhuijsen, M.S. en Knigge, G., 'Afronding en verantwoording, algemeen deel', in: Groenhuijsen, M.S. en Knigge, G. (red.), *Afronding en Verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 3-185.

Haak 2000

Haak, W.E., 'Rechtsvorming door de hoogste rechter, toeval of beleid?', *NJB*, 2000, p. 713-714.

Haak 2003

Haak, W.E., 'Naar een optimale beoordeling in cassatie van het straf(proces)recht', in: Groenhuijsen, M.S. en Simmelink, J.M. (red.), *Glijdende schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2003, p. 203-216.

Hammerstein 2006

Hammerstein, A., 'Een betere oplossing dan cassatie is nog niet gevonden. Boekbespreking Veegens' Cassatie, 4^e druk', *TvCR*, 2006, p. 9.

Hammerstein 2010

Hammerstein, A., 'De Hoge Raad ondersteboven', *NJB*, 2010, p. 548-552.

Hartog Jager den 1994

Hartog Jager den, W.H.B., *Cassatie in het belang der wet een buitengewoon rechtsmiddel*, diss. VU, Arnhem: Gouda Quint, 1994.

Herth de en Gurwirth 2007

Herth de, P. en Gurwirth, S., 'Politie-accountability tussen crime control en due process', in: Christiaans, J., Enhus, E., Nuytiens, A., Snacken, S. en Van Calster, P. (red.), *Criminologie: tussen kritiek en realisme. Liber amicorum Christian Eliaerts*, Brussel: VUB Press, 2007, p. 103-126.

Hielkema 2007

Hielkema, J., 'Doel(matig) getroffen maar ook vernietigd?', in: Keulen, B., Knigge, G. en Wolswijk, H.D. (red.), *Pet af: liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007, p. 137-153.

Hirsch Ballin 1988

Hirsch Ballin, E.H.M., 'Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde', in: Schoordijk, H.C.F. e.a., *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1988, p. 211-240.

Hoge Raad der Nederlanden 2005

Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag 2005 en 2006*, gepubliceerd op <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Documents/-jaarverslag%202005.pdf>.

Hoge Raad 2007

Hoge Raad, *Jaarverslag 2007-2008*, gepubliceerd op <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Documents/jaarverslag-%202007.pdf>.

Hondius 1988

Hondius, E.H., 'De Hoge Raad in rechtsvergelijkend perspectief / van rechtseenheid naar rechtsvorming', in: Schoordijk, H.C.F. e.a., *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1988, p. 241-253.

Honert van den 1839

Honert van den, J., Thzn., *Handboek voor de burgerlijke rechtsvordering in het Koninkrijk der Nederlanden*, Amsterdam, 1839.

Hullu de 1989

Hullu de, J., *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, diss. Groningen, Arnhem: Gouda Quint, 1989.

Hullu de 2000

Hullu de, J., 'Meer rechtsvorming in het strafrecht?', *NJB*, 2000, afl. 13, p. 717-718.

Hullu de 2002

Hullu de, J., 'Rechtsbescherming door beslissen, rechtsvorming door motiveren', *NJB*, 2002, afl. 7, p. 301-305.

Hullu de 2009

Hullu de, J., *Materieel strafrecht*, 4^e druk, Deventer: Kluwer, 2009.

Huls 2009

Huls, N.J.H., 'Rechterlijk leiderschap, ontwikkelingen sinds 1988', in: Huls, N.J.H. e.a. (red.), *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 11-23.

Huls, Loth, Camps e.a. 2009

Huls, N.J.H., Loth, M., Camps, T., e.a., *Versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009.

Huls, Mevis en Visscher 2003

Huls, N.J.H., Mevis, P.A.M. en Visscher, N., 'De kloof tussen rechtspraak en samenleving. Hoe klantvriendelijk is de rechter?', *JV*, 2003, nr. 1, p. 23-24.

Hymans 1882

Hymans, I.M., *De cassatie in strafzaken volgens het Fransche en het Duitsche, vergeleken met het Nederlandse recht*, Leiden: Somerwil, 1882.

Jensma 2013

Jensma, F., 'Manifest van rechters heeft boemerang-effect', *NRC Handelsblad*, 5 januari 2013.

Jong de 1985

Jong de, D.H., *Rechtsbescherming in een beslissende fase*, Arnhem: Gouda Quint, 1985.

Jong de 1988

Jong, de, D.H. 'De positie van de verdachte in de cassatiefase', *Delikt en Delinkwent*, 1988, p. 979-990.

Jong de en Van der Neut 1983

Jong de, D.H. en Van der Neut, J.L., 'Rechtsschending versus vormverzuim en de afdoening ervan door de cassatierechter', *Delikt en Delinkwent*, 1983, afl. 5, p. 390-409.

Kadri 2006

Kadri, S., *The Trial. A History from Socrates to O.J. Simpson*, London/New York/Toronto/Sydney: Harper Perennial, 2006.

Kelk 2005

Kelk, C., *Studieboek Materieel Strafrecht*, Deventer: Kluwer, 2005.

Keulen 2009

Keulen, B.F., 'Cassatie op een breekpunt?', *RM Themis*, 2009, p. 201-213.

Keulen 2012

Keulen, B., 'Het Nederlandse stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken', in: Keulen, B. en Traest, P., *Het stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken. Preadvies voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2012*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2012, p. 1-105.

Klanderman, Mulder en Van der Velden 1981

Klanderman, J.H.M., Mulder, G.E. en Van der Velden, G., 'Rechtstheorie in Nederland. Ontwikkelingen in de jaren zeventig.', *NJB*, 1981, afl. 3, p. 61-74.

Knigge 1980

Knigge, G., *Beslissen en motiveren. De artt. 348, 350, 358 en 359 Sv., Facetten van strafrechtspleging, nr. 3*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink, 1980.

Koekkoek 2000

Koekkoek, A.K. (red.), *De Grondwet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2000.

Kooijmans 2011

Kooijmans, T., 'Elk nadeel heb z'n voordeel? Artikel 359a Sv en de ontdekking van het strafbare feit', *Delikt en Delinkwent*, 2011, 9, p. 1091-1108.

Kortenhorst 1990

Kortenhorst, B.M., *De motiveringsverplichting in strafzaken*, diss., Arnhem: Gouda Quint, 1990.

Korthals Altes 1981

Korthals Altes, E., 'De cassatierechter op de grens van recht en feit', in: *De hanteerbaarheid van het recht (Pels Rijckenbundel)*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1981, p. 47-61.

Kortmann 2009

Kortmann, C.A.M.J., *Staatsrecht en raison d'État*, Afscheidsrede 27 februari 2009, Deventer: Kluwer, 2009.

Kreveld van 1983

Kreveld van, J., *Beleidsregels in het recht*, diss., Deventer: Kluwer, 1983.

Langemeijer 1937

Langemeijer, G.E., *Prae-advies inzake Analogische toepassing van strafbepalingen, ten behoeve van de vergadering van de Vereeniging voor strafrechtspraak van 13 november 1937*, Leiden: E.J. Brill, 1937.

Leijten 1998

Leijten, J.C.M., 'De conclusie in strafzaken', *Delikt en Delinkwent*, 1998, afl. 10, p. 913-928.

Lensing 1985

Lensing, J.A.W., 'Enkele recente uitspraken over onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal dat ook langs rechtmatige weg zou zijn gevonden', *Delikt en Delinkwent*, 1985, afl. 1, p. 20-31.

Lierop van 2012

Lierop van, B., 'De kloof tussen rechters en hun bestuur. Zorgen over de interne onafhankelijkheid van de rechters in Nederland', *NJB*, 2012, afl. 37, nr. 2096, p. 2616-2619.

Lindo 2011

Lindo, C.M.Th., 'Rechtspraak als collectief goed. Een interview met J.J.M. Polak', *NJB*, 2011, afl. 25, nr. 1257, p. 1602-1607.

Loth 2009

Loth, M.A., 'Beslissen te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt', in: Castermans, G., Houben, I.S.J., Jansen, K.J.O., Memelink, P. en Nieuwenhuis, J.H., *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 3-16.

Loth, Den Hollander, Schild, Wiegerink en Schulten 2007

Loth, M.A., Den Hollander, I., Schild, A., Wiegerink, R. en Schulten, E., 'Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte in?', *Trema*, 2007, afl. 8, p. 317-325.

Manen van 2010

Manen van, N., 'Springende Rechters', in: Ellan, A., Slootweg, T.J.M. en Smith, C.E. (red.), *Recht, beslissing en geweten*, Deventer: Kluwer, 2010, p. 227-228.

Machielse 1992

Machielse, A.J.M., 'Rechtspraak straf(proces)recht', in: Barels, M. en Corstens, G.J.M. (red.), *Kroniek van het strafrecht 1991*, Arnhem: Gouda Quint, 1992, p. 23-98.

Machielse 1993

Machielse, A.J.M., 'Delicten Wetboek van Strafrecht', in: Barels, M. en Corstens, G.J.M. (red.), *Kroniek van het strafrecht 1992*, Arnhem: Gouda Quint, 1993, p. 32-37.

Machielse 1998

Machielse, A.J.M., 'Delicten Wetboek van Strafrecht', in: Sackers, H.J.B. en Buruma, Y. (red.), *Kroniek van het strafrecht 1997*, Deventer: Gouda Quint, 1998, p. 42-46.

Martens 2000

Martens, S.K., 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB*, 2000, afl. 14, p. 747-758.

Melai 1968

Melai, A.L., *Het gezag van norm en feit in strafzaken*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint, 1968.

Melai 1985

Melai, A.L., 'De aanloop tot de cassatie in Frankrijk onder het ancien régime', in: *Liber amicorum Th.W. van Veen: opstellen aangeboden aan Th.W. van Veen ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Arnhem: Gouda Quint, 1985, p. 189-201.

Melai 1987

Melai, A.L., 'Twee cassatiegronden, een spel met woorden?', in: Enschede, Ch.J., Keijzer, N., Leijten, J.C.M. en Van Veen, Th.W. (red.), *Naar eer en geweten (Rommeling-bundel)*, Arnhem: Gouda Quint B.V., 1987, p. 335-352.

Memelink 2009

Memelink, P., 'Zwijgen wegens verstrengeling van recht en feiten', in: Castermans, G., Houben, I.S.J., Jansen, K.J.O., Memelink, P. en Nieuwenhuis, J.H., *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 47-68.

Mevis 1998

Mevis, P.A.M., *Constitutioneel strafrecht*, Oratie Rotterdam, Deventer: Gouda Quint, 1998.

Mevis 2008

Mevis, P.A.M., 'Versterking van de cassatierechtspraak', *Delikt en Delinkwent*, 2008, nr. 5, p. 453-474.

Moons 1988

Moons, Ch.M.J.A., 'De strafkamer', in: *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988, een portret*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1988, p. 87-106.

Moor de 1933

Moor de, J.M., 'Welke wijzigingen zijn gewenst in de rechterlijke organisatie ter verzekering van een doelmatige rechtspleging in burgerlijke en in strafzaken. Preadvies NJV', in: *De Handelingen van de NJV*, 1933.

Mout 1989

Mout, P., 'De beoordeling van cassatiemiddelen', in: Strijards, G.A.M. e.a., *De derde rechtsingang nader bekeken, Opstellen aangeboden aan C. Bronkhorst*, Arnhem: Gouda Quint, 1989, p. 223-234.

Nieboer 1991

Nieboer, W., *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint, 1991.

Nijboer 1985

Nijboer, J.F., 'Taverne: onbescheiden magistraat', *Delikt en Delinkwent*, 1985, p. 716-731.

Nijboer 1992

Nijboer, J.F., 'Samenloop: in hoeverre creëren de normen de identiteit van de feiten?', in: Groenhuysen, M.S., Mulder, G.E. en Remmelink, J. (red.), *De Schets nader bekeken; Beschouwingen naar aanleiding van de Schets Materieel Strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint, 1992, p. 97-113.

O'Douglas 1980

O'Douglas, W., *The Court Years 1939-1975. The autobiography of William O'Douglas*, New York: Vintage Books (a division of Random House), 1980.

Packer 1968

Packer, H.L., *The limits of the criminal sanction*, Stanford University Press, 1968.

Pelser 1995

Pelser, C.M., *De naam van het feit*, diss. Leiden, Arnhem: Gouda Quint, 1995.

Polak 2008

Polak, J.E.M., 'Enkele aspecten van rechterlijke toetsing van overheidshandelen', *NJB*, 2008, afl. 18, nr. 857, p. 1084-1092.

Pols 1897-1898

Pols, M.S., 'Het cassatieproces in Nederland', *T.v.S.*, X (1897), p. 351-378 en p. 415-449 en XI (1898), p. 75-94.

Praag van 1925

Praag van, L., 'Cassatie wegens verkeerde toepassing of schending der wet (slot)', *RM Themis*, 1925, p. 137-193.

Pradel 2000

Pradel, J., 'Criminal Evidence', in: Nijboe, J.F. en Sprangers, W.J.J.M. (red.), *Harmonisation in forensic expertise; an enquiry into the desirability of and opportunities for international standards*, Amsterdam: Thela Thesis, 2000, p. 411-429.

Preadvies van de Adviescommissie Strafrecht 2010

Preadvies van de Adviescommissie Strafrecht over het rapport van 6 juli 2010, gepubliceerd op de website van de NOVA, [http://advocaten.advocatenorde.nl/NOVA/NovWet.nsf/f8b21dae7df586-dac12564a6004b5e76/b484a37154c41bfec125775b00463fb6/\\$FILE/AC%20Strafrecht.%20Def%20pre-advies%20cassatie%20in%-20strafzaken%20\(Franken\)%206%20juli%202010.pdf](http://advocaten.advocatenorde.nl/NOVA/NovWet.nsf/f8b21dae7df586-dac12564a6004b5e76/b484a37154c41bfec125775b00463fb6/$FILE/AC%20Strafrecht.%20Def%20pre-advies%20cassatie%20in%-20strafzaken%20(Franken)%206%20juli%202010.pdf).

Ras 1988

Ras, H.E., 'De Burgerlijke kamer (inclusief Antilliaanse cassatieregeling)', in: *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1938, een portret*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, p. 73-86.

Rommelink 1980

Rommelink, J., 'Actuele stromingen in het Nederlandse strafrecht', in: Davelaar-van Tongeren, V.H. e.a. (red.), *Strafrecht in perspectief. Een bundel bijdragen op strafrechtelijk gebied ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan der Vrije Universiteit te Amsterdam*, Arnhem: Gouda Quint, 1980, p. 31-64.

Rommelink 1996

Rommelink, J., *D. Hazewinkel Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlands strafrecht*, 15^e druk, Deventer: Gouda Quint B.V., 1996.

Rijkema 2000

Rijkema, P., 'Rechtsvorming en geschillenbeslechting. Verslag', *NJB*, 2000, afl. 13, p. 719-721.

Roermund van, Groenhuijsen en Witteveen 1993

Roermund, G.C.G.J. van, Groenhuijsen, M.S. en Witteveen, W.J.L. (red.), *Symposium strafrecht: vervolg van een grondslagende debat*, Arnhem: Gouda Quint, 1993.

Röling 1937

Röling, B.V.A., 'Analogische toepassing van strafbepalingen', in: *Prea-advies voor de Vereniging voor strafrechtspreek van 13 november 1937*, Leiden: E.J. Brill, 1937, p. 2-33.

Roos De 1988

Roos De, Th.A., 'Het effect van uitspraken van de HR op de lagere rechtspraak en op de publieke opinie, de macht en de hulpeloosheid van de cassatierechter', *Delikt en Delinkwent*, 1988, p. 1007-1018.

Rozemond 1998

Rozemond, K., *Strafvorderlijke rechtsvinding*, diss. VU, Deventer: Gouda Quint, 1998.

Rozemond 2000

Rozemond, K., 'Voorafgaande beschouwingen in de strafrechtspraak van de Hoge Raad', *NJB*, 2000, afl. 13, p. 706-712.

Rozemond 2007

Rozemond, K., 'De casuïstische grenzen van het materiële strafrecht', *Delikt en Delinkwent*, 2007, afl. 36, p. 465-495.

Rozemond 2008

Rozemond, K., 'De rechtsvindingsleemte in het strafrecht', *RM Themis*, 2008, afl. 1, p. 15-18.

Schaffmeister 1988

Schaffmeister, D., 'De rol van de Hoge Raad en de ontwikkeling van het cassatierecht in strafzaken', in: Schoordijk, H.C.F. e.a., *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, p. 65-122.

Schalken 1989

Schalken, T.M., 'Schending van wettelijke procesvoorschriften en het redelijke belang van de verdachte: een redelijk criterium? Enkele inleidende opmerkingen', in: Schalken, T.M. en Hofstee, E.J. (red.) *In zijn verdediging geschaad. Over vormverzuimen en het belang van de verdachte. Bundel opstellen aangeboden aan prof.mr. J. Remmelink bij zijn afscheid als hoogleraar strafrecht aan de VU*, Arnhem: Gouda Quint, 1989, p. 3-15.

Schendel van 2007

Schendel van, W.A.M., 'Cassatie in strafzaken', in: De Moor-van Vugt, A., Leus, K., Maes, B., Van Bavel, H., Van Schendel, W., Verougstrate, I. en Asser, D., *Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007, p. 111-141.

Schilfgaarde van 2006

Schilfgaarde van, P., *Acciditutie in de rechtsvinding*, Amsterdam: KNAW, 2006.

Schönfeld 1979

Schönfeld, K.M., 'Montesquieu en "la bouche de la loi"', diss., Leiden: New Rhine Publishers, 1979.

Schoordijk 1972

Schoordijk, H.C.F., *Oordelen en Vooroordelen*, Deventer: Kluwer, 1972.

Schoordijk 1988

Schoordijk, H.C.F., 'Hoe vat(te) de Burgerlijke kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op?', in: Schoordijk, H.C.F. e.a., *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1988, p. 3-63.

Schuyt 1988

Schuyt, C.J.M., 'De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving', in: Schoordijk, H.C.F. e.a., *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1988, p. 297-333.

Silvis 2009

Silvis, J., 'Maatschappelijk verantwoorde strafmotivering', *Trema, Straftoematingsbulletin*, 2009, nr. 2, p. 24-30.

Sitter de 1851

Sitter de, J.H., 'Iets over extensieve interpretatie en analogische wetstoepassing in strafzaken', in: *Nieuwe Bijdragen voor regsgeleerdheid en wetgeving, Deel I*, Amsterdam: Johannes Müller, 1851, p. 1-22.

Smidt de 1988

Smidt, J.Th., 'Ons hoogste rechtscollege in het verleden', in: *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988, een portret*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, p. 17-33.

Smith 2007

Smith, C.E., *Regels van rechtsvinding*, 2^e herz. druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007.

Snijders 1988

Snijders, H.J., 'Hoge Raad, goede raad. Enige beschouwingen bij de literatuur rond het 150-jarig jubileum van de Hoge Raad', *NJB*, 1988, p. 1602-1632.

Spong 2009

Spong, G., 'De raadsman in de cassatiefase', in: Prakken, E. en Spronken, T.N.B.M., *Handboek Verdediging*, 2^e druk, Deventer: Kluwer, 2009, p. 609-652.

Stamhuis 2002

Stamhuis, E.F., 'Het stelsel van gewone rechtsmiddelen', in: Groenhuijsen, M.S. en Knigge, G. (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde Interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 199-328.

Stamhuis 2004

Stamhuis, E.F., 'De cassatierechter in strafzaken', in: Groenhuijsen, M.S. en Knigge, G. (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Sv*, Deventer: Kluwer, 2004, p. 421-486.

Steenhof en Klomp 1998

Steenhof, G.J.W. en Klomp, R.J.Q., *G.J. Wiarda, Schets van leven en werk*, Utrecht, Wiarda Instituut, 1998; tekst ook gepubliceerd op <http://www.uu.nl/uupublish/content/wiardaboek.pdf>.

Tjeenk Willink 2007

Tjeenk Willink, H.D., 'Enige reflecties naar aanleiding van het bos van Schinveld', in: Bauw, E., Davids, W.J.M., Van Dijk, J.C., Van Kuijk, M.H. en Van Velzen, W.J.J. (red.), *Mijnheer de voorzitter... Liber Amicorum A.H. van Delden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007, p. 3-21.

Tjong 2007

Tjong, M.K., 'Aantekeningen op art. 431 Sv', in: Melai, A.L. en Groenhuijsen, M.S. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, suppl. 160, Deventer: Kluwer, 2007, p. 1-116.

Uijtwerff Sterling, Van Hall, Den Tex en Van Hall 1829

Uijtwerff Sterling, J.J., Van Hall, F.A., Den Tex, C.A. en Van Hall, J., *Aanmerkingen op het ontwerp van het Wetboek van Strafvordering voor het Koninkrijk der Nederlanden, Eerste stukje*, Amsterdam: bij de erven H. Gartman, 1829.

Valkenburg 2011

Valkenburg, W.E.C.A., 'Aantekeningen op art. 256', in: Cleiren, C.P.M. en Verpalen, M.J.M. (red.), *Tekst en Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer, 2011.

Veegens, Korthals Altes en Groen 2005

Veegens, D.J., Korthals Altes, E. en Groen, H.A., *Cassatie in burgerlijke zaken*, 4^e druk, Deventer: Kluwer, 2005.

Veen van 1974

Veen van, Th.W., 'Cassatie in strafzaken functioneel beschouwd', in: Enschede, Ch.J. en Van Veen, Th.W. (red.), *Cassatie in strafzaken functioneel en organisatorisch beschouwd. Vereniging voor de vergelijkende studie van het strafrecht in België en Nederland*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1974, p. 11-66.

Veen van 1981

Veen van, Th.W., 'De Hoge Raad vermag steeds meer', in: Fokkens, J.W. en Keijzer, N. (red.), *Beginselen, Liber Amicorum G.E. Mulder*, Arnhem: Gouda Quint, 1981, p. 383-394.

Vellinga 2007

Vellinga, W.H., 'De positie van de verdachte in de cassatiefase anno 2007', in: Keulen, B.F., Knigge, G. en Wolswijk, H.D. (red.), *Pet af. Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007. p. 517-536.

Vellinga 2011

Vellinga, W.H., 'Met het oog op cassatie', *Delikt en Delinkwent*, 2011, afl. 4, nr. 53, p. 774-796.

Visser 2001

Visser, M.J.C., *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, diss., Deventer: Gouda Quint, 2001.

Voorda 1792

Voorda, B., *De crimineele ordonnantiën van koning Philips van Spanje, laatsten graaf van Holland, ten dienste van zijne Nederlanden*, Leiden: Honkoop en van Tiffelen, 1792.

Voorduin 1840

Voorduin, J.C., *Geschiedenis en beginselen der Nederlandse wetboeken, VII deel, Wetboek van Strafvordering*, Utrecht: Robert Nathan Akademie-boekhandelaar, 1840.

Vranken 1978

Vranken, J.B.M., *Kritiek en methode in de rechtsvinding. Een onderzoek naar de betekenis van de hermeneutiek van H.G. Gadamer voor de analyse van het rechterlijk beslissingsgebeuren*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 1978.

Vranken 2000

Vranken, J.B.M., 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB*, 2000, afl. 1, p. 1-5.

Vranken 2009

Vranken, J.B.M., 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad, talrijk, divers, en soms vergaand', *NJB*, 2009, afl. 17, nr. 807, p. 1082-1093.

Vranken en Giesen 2003

Vranken, J.B.M. en Giesen, I., 'Inleiding en Verantwoording', in: Vranken, J.B.M. en Giesen, I. (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten. Verslag van een experiment*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003, p. 1-14.

Vrijland 1988

Vrijland, C.W.D., 'De negentiende eeuw – enkele grepen', in: *De Hoge Raad 1838-1988. Een portret*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, p. 43-60.

Waard de 1989

Waard de, R., 'Beslissingen in cassatie', in: Strijards, G.A.M. e.a., *De derde rechtsingang nader bekeken, Bronkhorstbundel*, Arnhem: Gouda Quint, 1989, p. 313-339.

Waele de 2009

Waele de, H.C.F.J.A., *Rechterlijke activisme en het Europese Hof van Justitie*, diss. Nijmegen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009.

Wiarda 1972

Wiarda, G.J., *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1972.

Wieland 1982

Wieland, J.H., 'Privaatrechtelijke rechtsvinding bij J. Esser', in: *Hermeneutiek, Recht, Wetenschap*, Serie rechtsfilosofie en rechtstheorie, nr. 2, Zwolle: Tjeenk Willink, 1982, p. 490-61.

Wilt van der en Tjong 2006

Wilt van der, C.J. en Tjong, M.K.T., 'Ambtshalve cassatie in strafzaken na invoering van de schriftuurverplichting', *Delikt en Delinkwent*, 2006, afl. 3, nr. 16, p. 303-319.

Witteman 1921

Witteman, P.J., *De grens tussen recht en feit in de burgerlijke cassatie*, diss., Amsterdam: Boekdrukkerij H.J. Koersen, 1921.

Witteveen 2001

Witteveen, W., *De geordende wereld van het recht*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2001.

XX 1996

XX, *The Etablissements de Saint Louis*, vertaald en geredigeerd door F.R.P. Akehurst, University of Pennsylvania Press, 1996, Middle Age Series.